

Sygn. akt: KIO 287/23

WYROK

z dnia 23 luty 2023 roku

Krajowa Izba Odwoławcza - w składzie:

Przewodniczący: Renata Tubisz

Członkowie: Marek Bienias

Anna Katarzyna Wojciechowska

Protokolant: Piotr Cegłowski

po rozpoznaniu na rozprawie w dniach 16 i 22 luty 2023 roku w Warszawie odwołania wniesionego do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej w dniu 2 luty 2023r. **przez odwołującego** Konsorcjum: Modertrans Poznań Sp. z o.o. ul. Stalowa 5, 61- 065 Poznań (Lider) i Public Transport Service Sp. z o.o. Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa (Członek) w postępowaniu prowadzonym **przez zamawiającego:** Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu Al. Niepodległości 34, 61-714 Poznań

przy udziale **przystępującego:** PESA Mińsk Mazowiecki S.A. im. Gen. K. Sosnkowskiego 34, **po stronie zamawiającego**

orzeka:

1. oddala odwołanie
2. kosztami postępowania obciąża odwołującego Konsorcjum: Modertrans Poznań Sp. z o.o. ul. Stalowa 5, 61- 065 Poznań (Lider) i Public Transport Service Sp. z o.o. Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa (Członek) i:
 - 2.1 zalicza w poczet kosztów postępowania kwotę 15 000 zł 00 gr (słownie: piętnaście tysięcy złotych zero groszy), uiszczoną przez odwołującego Konsorcjum: Modertrans Poznań Sp. z o.o. ul. Stalowa 5, 61- 065 Poznań (Lider) i Public Transport Service Sp. z o.o. Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa (Członek), tytułem wpisu od odwołania
 - 2.2 zasądza od odwołującego Konsorcjum: Modertrans Poznań Sp. z o.o. ul. Stalowa 5, 61- 065 Poznań (Lider) i Public Transport Service Sp. z o.o. Al. Solidarności 75/26, 00-090 Warszawa (Członek) kwotę 3 600 zł 00 gr (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) na rzecz zamawiającego: Województwo Wielkopolskie z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu Al. Niepodległości 34, 61-714

Poznań, stanowiącą uzasadnione koszty poniesione z tytułu wynagrodzenia radcy prawnego zamawiającego.

Stosownie do art. 579 ust. 1 i 580 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm.) na niniejszy wyrok – w terminie 14 dni od dnia jego doręczenia - przysługuje skarga za pośrednictwem Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej do Sądu Okręgowego w **Warszawie**.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

Uzasadnienie

Odwołanie

Dotyczy: postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 22 Elektrycznych zespołów trakcyjnych serii EN76” Nr sprawy: DT-11.272.3.2022

Numer ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE: 2022/ S 223-637065 z dnia 18/11/2022

Powiadomienie o rozstrzygnięciu postępowania i zaniechaniu odrzucenia oferty wykonawcy PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (05-300), przy ul. Gen. Sosnkowskiego 34, zostało opublikowane na stronie postępowania i doręczone odwołującemu w dniu 23 stycznia 2023 r. r., odwołanie do Prezesa KIO zostało wniesione w dniu 02 lutego 2023 r., a więc z dochowaniem 10 — dniowego terminu zawitego (w zw. z art. 515 pkt 1 lit a) ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych — Dz. U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. dalej jako PZP).

Tego samego dnia kopia odwołania została przekazana zamawiającemu.

Działając na podstawie art. 513 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 11 września 2019 r. — Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity Dz.U. z 2022 r., poz. 1710 z późn. zm. - dalej „PZP” lub ustawa), w imieniu Konsorcjum (Modertrans i PST), uczestnika w/w postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (dalej „Wykonawca”), wniesione zostało odwołanie od czynności zamawiającego.

Sformułowano w odwołaniu następujące zarzuty:

Zamawiający dokonał naruszenia następujących przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (PZP):

1. naruszenie art. 16 pkt 1-3 PZP tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, w konsekwencji narusza także zasadę przejrzystości i proporcjonalności

2. naruszenie art. 239 ust. 1 PZP poprzez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty wykonawcy PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (05-300), przy ul. Gen. Sosnkowskiego 34 (dalej jako PESA)

3. naruszenie art. 239 ust. 2 PZP, poprzez dokonanie wyboru oferty wykonawcy PESA jako najkorzystniejszej oferty oraz poprzez zaniechanie dokonania wyboru oferty odwołującego jako najkorzystniejszej oferty

Zarzuty odwołania podzielono na dwie części to jest zarzuty zestaw A oraz zarzuty zestaw B

Zarzuty zestaw A

W tym zestawie zarzucono

4. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem podlega on wykluczeniu z postępowania, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a które to informacje mają istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie wykluczenia z postępowania — wykonawca nie przyznał, że znajduje się w sytuacji, w której z przyczyn po jego stronie nie wykonał oraz nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o., co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) oraz nie przyznał, że analogiczne podstawy wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zawartej z Kolejami Małopolskimi sp. z o.o. — w tym przypadku doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych) oraz w stosunku do Kolei Mazowieckich sp. z o.o.

5. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę opisanego w pkt 2 pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, gdyż z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) umowa na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o., jak również analogiczne podstawy wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zawartej z Kolejami Małopolskimi - doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych), oraz w stosunku do Kolei Mazowieckich sp. z o.o., zaś wykonawca opisany w pkt 2 nie wykazał swojej rzetelności

zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP, ani nie występuje sytuacja, w której wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne

Zarzuty zestaw B

6. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA, w sytuacji, gdy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

7. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy opisanego w pkt 2 albowiem jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na ust.1) pkt 1) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; pkt 5) wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

8. ewentualnie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez zaniechanie wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Zamawiający zobowiązany jest zatem dokonać ponownej oceny merytorycznej oferty wykonawcy PESA Mińsk Mazowiecki S.A. z siedzibą w Mińsku Mazowieckim (05-300), przy ul. Gen. Sosnkowskiego 34 (dalej jako PESA) i dokonać jej obligatoryjnego odrzucenia kumulatywnie na podstawie zarzutów grupa A i zarzutów z grupy B.

Z najdalej idącej ostrożności gdyby KIO uznała, że oferta ta nie podlega odrzuceniu to wnosimy także żądanie alternatywne aby nakazać zamawiającemu ponowną ocenę ofert i aby wynikowo zamawiający dokonał wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonym-1 przez Zamawiającego.

Zważyć jednak należy, że świadome wprowadzenie zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że wykonawca PESA nie podlega wykluczeniu z postępowania lub co najmniej w

wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił on informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a które to informacje mają istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie wykluczenia z postępowania oraz w sytuacji gdy z przyczyn leżących po stronie PESA, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) oraz kumulatywnie w sytuacji gdy jego, oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji - wymusza to odrzucenie oferty wykonawcy PESA.

W przypadku uwzględnienia naszych zarzutów zamawiający winien dokonać uwzględnienia niniejszego odwołania.

Odwołujący zarzuca także naruszenie art. 16 pkt 1-3 ustawy PZP, tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję, zasadę przejrzystości i proporcjonalności.

Interes prawny firmy: Działania zamawiającego polegające na wadliwej ocenie i badaniu oferty wykonawcy PESA, ergo zaniechaniu odrzuceniu jego oferty ma decydujący wpływ na uniemożliwienie ubiegania się o przedmiotowe zamówienie publiczne na zasadach równości i uczciwej konkurencji. Zmiana decyzji zamawiającego doprowadzi do stworzenia odwołującemu realnych szans w ubieganiu się o zamówienie publiczne, którym jest on zainteresowany.

Odwołujący wnosi o uwzględnienie odwołania i nakazanie zamawiającemu dokonania czynności odrzucenia oferty wykonawcy PESA. Oznacza to, że in fine, „faktycznie”, odwołujący żąda de facto nakazania zamawiającemu wyboru oferty odwołującego, a w

wyniku jego dokonania, udzielenia mu niniejszego zamówienia publicznego na podstawie wszystkich zbiegających się podstaw opisanych w niniejszym odwołaniu.

UZASADNIENIE

Zamawiający dokonał zaniechania odrzucenia oferty zaskarżonego wykonawcy w oparciu o następujące zarzuty:

Dotyczy zarzutów z grupy A

W rozdziale 7 pkt 7.3 SWZ, zamawiający wskazał, iż wykluczy z udziału w postępowaniu wykonawcę wobec którego zachodzą przesłanki określone w art. 109 od 1 do 10 PZP.

Na wezwanie zamawiającego wykonawca PESA, na potwierdzenie braku podstaw złożył oświadczenie na podstawie art. 125 ust. 1 PZP, w którym wskazał, że nie podlega wykluczeniu w oparciu o art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP.

W odpowiedzi na pytanie: „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”

Wykonawca PESA zaznaczył odpowiedź: NIE

Co z tego wynika, wykonawca PESA nie złożył także samooczyszczenia w rozumieniu art. 110 ust. 2 PZP, albowiem samooczyszczenie w dokumencie JEDZ jest prostą konsekwencją ujawnienia przez wykonawcę składającego ofertę, prawdziwego stanu rzeczy, że podlega on wykluczeniu z postępowania.

Zaznaczyć bowiem w tym miejscu należy, że oświadczenie wykonawcy PESA złożone na wezwanie zamawiającego jest nieprawdziwe.

Tak samo postąpił wykonawca PESA w sytuacji gdy zamawiający wezwał go do złożenia oświadczenia o aktualności informacji zawartych w oświadczeniu, o którym mowa w art. 125 ust. 1 PZP w zakresie podstaw wykluczenia z postępowania wskazanych przez zamawiającego, o których mowa w art. 109 ust. 1 pkt od 1 do 10.

W odpowiedzi bowiem na to wezwanie wykonawca PESA przedłożył „czyste” oświadczenie opatrzone datą 18 stycznia 2023 r., że nie podlega wykluczeniu (pkt i) dotyczący art. 109 ust. 1 pkt 5-10 PZP.

Ergo należy wskazać, że oba oświadczenia, oba dokumenty, tj. zarówno treść JEDZ, jak i oświadczenie o aktualności informacji zawartych w JEDZ dla wykonawcy PESA są

nieprawdziwe, bowiem na dzień składania przedmiotowych oświadczeń wykonawca wiedział o dodatkowych podstawach wykluczenia z postępowania z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, które powinien był uwzględnić w składanych w toku postępowania oświadczeniach i wyjaśnieniach, a nie zatajać faktu ich istnienia przed zamawiającym.

Według bowiem informacji pozyskanych przez odwołującego wykonawca PESA realizował następujące umowy, w których zamawiający naliczyli kary umowne:

Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OZP-351-13/19

„Wykonanie obsługi 4-tego poziomu utrzymania na dwóch elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 14WE zgodnie z DSU dla EZT typu 14WE i wykonanie prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 14WE oraz wykonanie prac modernizacyjnych”

Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OPZ-210/2/2020

„Wykonanie trzynastu obsługi technicznych poziomu P4 utrzymania pojazdów typu 27WE zgodnie z DSU dla EZT typu 27WE wraz z wykonaniem prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 27WE”

Koleje Małopolskie sp. z o. o. Nr sprawy: KMDL/251/11/2020

„Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 32WE serii EN77 0 numerach inwentarzowych 001, 002, 003, 004 i 005”

Koleje Mazowieckie sp. z o. o. Nr sprawy: MWZ7-26-64-2020

„Naprawa w poziomie utrzymania P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii 45WE”
Podstawą ich naliczenia było przekroczenie terminu wykonania umowy oraz naruszenie obowiązków wynikających z umów.

Ilustrując to przykładem z całą stanowczością należy stwierdzić, że stopień zawinienia wykonawcy PESA jest porażający, albowiem w przypadku np. Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o. wykonawca PESA sam deklarował termin wykonania, którego później nie dotrzymał i zostały mu naliczone kary. Natomiast w przypadku Kolei Małopolskich sp. z o.o., wykonawca PESA potwierdził termin wykonania w wymiarze 100 dni i również go przekroczył za co zostały mu naliczone kary.

Powyższe oznacza że wykonawca PESA w s osób "regularny", "seryjny" nie dotrzymuje terminów wykonania zamówienia i to niezależnie od tego czy potwierdza termin oczekiwany przez zamawiającego czy sam ten termin deklaruje. W przypadku Szybkiej Kolei Miejskiej

sp. z o.o., krótki zadeklarowany termin wykonania zamówienia przesądził o udzieleniu wykonania PESA zamówienia ponieważ drugi z oferentów SPS Mieczkowski kwotowo był bardziej konkurencyjny niemniej wykonawca PESA terminów tych nie dotrzymuje, a w kolejnych postępowaniach, tak jak w tym przypadku, wszystko zataja przed kolejnymi zamawiającymi, czyni sobie zatem z tego rodzaju sposobu działania, źródło uzyskania korzyści, co zamawiający w tym przypadku powinien napiętnować i zgodnie ze swoim obowiązkiem, finalnie zakończyć wykluczeniem (odrzuconiem oferty wykonawcy PESA).

W związku z powyższym wykonawca PESA w oświadczeniu JEDZ powinien wskazać wszystkie te przypadki wymienione powyżej, czego celowo, z góry powziętym zamiarem nie zrobił, zatajając tę okoliczność przed zamawiającym.

Należy natomiast z pełnym przekonaniem głośno wypowiedzieć osąd, że wykonawca PESA nie mógł się zasłonić niewiedzą, że kary zostały mu naliczone, i żyć w przeświadczeniu, że wszystkie te kontrakty zrealizował „idealnie”.

Wprost przeciwnie, kary te uznał, co jest równoznaczne, ze świadomością złożenia fałszywego oświadczenia zawierającego „fałsz intelektualny dokumentu”, a co oznacza, że oświadczenia przekazywane zamawiającemu w toku postępowania przetargowego były niepełne i niezgodne ze stanem faktycznym, co powinno doprowadzić do zastosowania sankcji wykluczenia wykonawcy PESA.

Stosownie do art. 110 ust. 1 PZP wykluczenie wykonawcy może nastąpić na każdym etapie postępowania, zatem jeżeli o przesłance wykluczenia zamawiający poweźmie wiedzę nawet po wyborze najkorzystniejszej oferty, np. na skutek wniesionego odwołania, to ma obowiązek uwzględnienia odwołania i wykluczenia wykonawcy PESA.

W przeciwnym wypadku można by postawić wniosek, że nie dopełnił swoich obowiązków lub przekroczył uprawnienia poprzez brak reakcji w sytuacji złożenia fałszywego oświadczenia w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Instytucja kary umownej mieści się bowiem w znaczeniu pojęcia „odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje”. (Zgodnie komentarzem do aktualnie obowiązującej ustawy PZP, Prawo Komentarz pod. red. H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych 2021, s. 404) pojęcie odszkodowanie, wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, należy interpretować szeroko, zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje” co także wynika z treści pytania zawartego w JEDZ). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 kc).

Zatem raz jeszcze należy zdecydowanie stwierdzić, że na dzień składania zarówno oświadczenia JEDZ jak i oświadczenia o aktualności wykonawca PESA był zobowiązany

przedstawić szczegółowy opis zaistniałej sytuacji dotyczący nałożonych na niego kar umownych, tak aby wskazać ewentualny brak swojej winy oraz umożliwić zamawiającemu w tym postępowaniu dokonanie oceny braku podstaw wykluczenia z postępowania Por. wyrok SO w Warszawie z dnia 23 sierpnia 2019 r. sygn. Ga 469/19, „Sąd Okręgowy w tym miejscu zacytuje fragment komentarza/wyjaśnień Urzędu Zamówień Publicznych, dotyczącego tego fragmentu JEDZ:

„Zgodnie art. 24 ust. 8 ustawy PZP wykonawca, który podlega wykluczeniu na podstawie ust. 1 pkt 13 i 14 oraz Pkt 16-20 lub ust. 5 (podkreślenie SO), może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności.....Zamawiający, stosownie do treści art. 24 ust. 9 ustawy PZP, uwzględniając wagę i szczególne okoliczności towarzyszące wykonawcy, oceni dowody wykazane przez wykonawcę w formularzu powyżej. Jeżeli uznaje za wystarczające wykonawca nie będzie podlegał wykluczeniu”.

W taki sposób skarżący powinien się zatem bronić przed negatywnym dla wykonawcy faktem rozwiązania przed czasem umowy ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich. Powinien - wskazać, iż wdał się w spór sądowy i opisać szczegółowo stan sprawy sądowej, aby Zamawiający miał możliwość dokonania oceny czy rzeczywiście brak jest podstaw do wykluczenia wykonawcy.

Odwołujący postanowił przedstawiać te argumenty dopiero na etapie postępowania przed KIO i SO. Takie wadliwe postępowanie nie mogło zostać przez Sąd Okręgowy zaakceptowane i słusznie nie zyskało też aprobaty Krajowej Izby Odwoławczej.

Zasadnicze pytania nie dotyczyły zatem tego, czy R. S. przedstawił w dokumencie JEDZ informacje wprowadzające w błąd zamawiającego (zdaniem Sądu Okręgowego był to fakt bezdyskusyjny) tylko czy zrobił to w wyniku rażącego niedbalstwa lub zamierzonego działania.

Sąd Okręgowy podziela argumentację KIO, że nie informując o fakcie przedwczesnego rozwiązania umowy ze (...) w K. skarżący dopuścił się co najmniej rażącego niedbalstwa. Nawet bowiem analiza przedstawionej przez Skarżącego na rozprawie w dniu 14 sierpnia 2019 roku Instrukcji Wypełniania Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia JEDZ) nie pozwala na przyjęcie prawidłowego stanowiska R. S., iż tylko w przypadku zawinionego przez niego rozwiązania umowy ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w K. miał on obowiązek odpowiadając na przedmiotowe pytanie udzielić odpowiedzi „TAK”. W ocenie Sądu Okręgowego treść instrukcji wskazuje bowiem na to, że sformułowanie „nieprawidłowości w zakresie realizacji umowy” nie dotyczą wyłącznie nieprawidłowości zaistniałych po stronie wypełniającego formularz, ale również nieprawidłowości innych

podmiotów. Niezależnie zatem kto doprowadził do takich nieprawidłowości wykonawca w przypadku ich wystąpienia powinien zaznaczyć w formularzu rubrykę „TAK”.

Ta rubryka pomija całkowicie element odpowiedzialności/winy po którejkolwiek stronie umowy o zamówienie publiczne. Ten aspekt jest dopiero w kolejnej rubryce JEDZ, która powinna była zostać uzupełniona przez skarżącego, gdyż stanowiła konsekwencję rozwiązania przed czasem umowy ze (...) Zarządem Dróg Wojewódzkich w K..

Rubryka ta brzmi następująco:

„Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Tak Nie

Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki:"

Trudno oczekiwać, aby Zamawiający powierzył wykonanie zamówienia wykonawcy, który został uznany przez innego zamawiającego za podmiot nienależycie wykonujący umowę, bez dokonania szczegółowych wyjaśnień wykonawcy, który „oczyściłby się” z tych zarzutów. Inicjatywa spoczywała jednak po stronie oferenta/wykonawcy. To on musiał być transparentny w tym zakresie i „zaferować” Zamawiającemu pełną informację o dotychczasowych doświadczeniach w zakresie realizowanych umów, jeśli umowy te zakończyły się przed czasem, nałożeniem na wykonawcę odszkodowania lub inną podobną sankcją”

Ergo postępowanie wykonawcy PESA w całej rozciągłości spełnia przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 albowiem miał on świadomość, że przy realizacji innych umów z zakresu zamówień publicznych nałożone zostały na niego kary umowne. Taki sposób postępowania jest nie do zaakceptowania z punktu widzenia regulacji art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP oraz wymaganiami wynikającymi z JEDZ oraz zasad równości i uczciwej konkurencji, która w ten sposób została rażąco pogwałcona.

Powyższe prowadzi bezpośrednio do wniosku, że mamy do czynienia z wypełnieniem przesłanek z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP. Z pełnym przekonaniem i zaangażowaniem należy stwierdzić, że wykonawca PESA wypełnia znamiona co najmniej lekkomyślności niedbalstwa przy przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miały istotny wpływ na decyzje zamawiającego podejmowane w postępowaniu.

W w/w wyroku SO uznano, że brak przyznania tak istotnych okoliczności jak informacja o zakończeniu umowy przed czasem czy odszkodowanie stanowi przypadek kwalifikujący się pod zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo. Obowiązkiem wykonawcy jest upewnienie się, czy informacje przekazane zamawiającemu odpowiadają rzeczywistości, gdyż informacje składane w toku postępowania przetargowego zmierzają do udzielenia

zamówienia właśnie temu wykonawcy, który je składa i w związku z tym mają wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje. (por. KIO z dnia 9 kwietnia 2018 r. KIO 531/18).

Podobnie w innych wyrokach

Jak zauważa Izba wyroku z dnia 2 maja 2018 r. (sygnatura akt KIO 596/18), na skutek implementacji do krajowego porządku prawnego dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE wzrosło znaczenie oświadczeń własnych wykonawców. Jest to wynikiem, zarówno wprowadzenia JEDZ, jak również faktu przemodelowania przebiegu procedury o udzielenie zamówienia publicznego w jej podstawowej formie, jak również wprowadzenia rozwiązania w postaci tzw. procedury odwróconej (art. 24aa PZP). Te kilka znaczących zmian doprowadziło do zwiększenia znaczenia oświadczeń składanych przez wykonawców, w tym nałożyło na nich obowiązek większej staranności przy weryfikacji prawdziwości danych prezentowanych w toku postępowania. Tym samym wobec wykonawców należy obecnie stosować wyższy miernik oceny związany z rzetelnością prezentowanych przez nich oświadczeń.

Podobnie KIO w wyroku z dnia 20 lipca 2018 r. (sygn. akt KIO 1319/18) stwierdza, iż „W odniesieniu natomiast do lekkomyślności lub niedbalstwa kwestia ta pozostaje w sferze ocen zamawiającego, który nie dysponuje środkami pozwalającymi przedstawić dowody na stopień winy wykonawcy. Jeżeli jednak z zestawienia informacji przedstawionych przez wykonawcę z oczekiwaniami zamawiającego wynika, że działający z należytą starannością wykonawca powinien mieć świadomość, że przedstawione informacje tym oczekiwaniom nie odpowiadają, a mimo to potwierdził okoliczność przeciwną, to bez wątpienia stanowi to podstawę przypisania wykonawcy lekkomyślności lub niedbalstwa”.

Patrząc na sprawę rozsądnie, to wykonawcy powinno zależeć na wykazaniu swojej rzetelności, albowiem zamawiający nie bada z urzędu czy wykonawca wobec którego zachodzą podstawy wykluczenia określone w art. 108 i 109 PZP podjął działania w celu samooczyszczenia. To wykonawca powinien zgodnie z prawdą przyznać się, że podlega wykluczeniu i usiłować się samo oczyścić.

Jeżeli natomiast wybiera on przeciwny model postępowania, nie przyznaje się, przemilcza, nie robi nic, nie samooczyszcza się, jego działanie winno zostać zgodnie z zasadą słuszności napiętnowane, a w tym konkretnym przypadku, powinien on zostać wykluczony, poprzez nakazanie odrzucenia jego oferty.

Por. wyrok z 3 października 2019 r. Trybunału Sprawiedliwości UE C-267 /18 w którym Trybunał napisał, że „wykonawca powinien, kierując się wymogami przejrzystości i lojalności, poinformować zamawiającego o swojej sytuacji (...). W stanie faktycznym sprawy,

ewentualne umożliwienie wykonawcy uzupełnienia wyjaśnień (samooczyszczenia), jest niedopuszczalne, szczególnie w świetle zasad uczciwej konkurencji oraz przejrzystości i równego traktowania wykonawców (art. 16 pkt 1-3 PZP)”

Z ostrożności należy jeszcze przywołać wyrok KIO 3467 /21 „W rozpoznawanym przypadku odwołujący nie wykazał, zamawiającemu, że podjął kroki, o których mowa w art. 110 ust. 2 PZP. Odwołujący w odwołaniu podnosił, że ustawa nie określa terminu, w jakim należy dokonać tej procedury. Nie polemizując ze stanowiskiem odwołującego, stwierdzić należy, że — tak czy inaczej - ostatecznym terminem na przeprowadzenie tej procedury będzie termin zawiadomienia o czynności kończącej postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego, w rozpoznawanym przypadku o wyborze najkorzystniejszej oferty. (...) zaniechanie zatem przez odwołującego przeprowadzenia procedury samooczyszczenia nie jest zatem okolicznością obciążającą zamawiającego”.

Ergo umożliwienie wykonawcy PESA uzupełnienia wyjaśnień w odniesieniu do wyliczonych enumeratywnie przypadków nałożenia kar umownych, prowadziłoby do zastąpienia informacji nieprawdziwych, informacjami prawdziwymi.

Takie postępowanie na gruncie dorobku orzeczniczego KIO jest niedopuszczalne albowiem w najwyższym stopniu uderza to w zasadę uczciwej konkurencji i zasadę równego traktowania wykonawców (por. KIO 1432/18).

Powyższe byłoby także sprzeczne z art. 128 ust. 1 PZP, który stanowi, że uzupełnieniu podlega oświadczenie lub dokument, który nie został złożony, jest niekompletny lub budzi wątpliwości zamawiającego. Dokument lub oświadczenie zawierające informacje niezgodne ze stanem faktycznym (nieprawdziwe), nie zalicza się do żadnej z w/w kategorii. W każdym przypadku, gdy wykonawca składałby informacje wprowadzające w błąd możliwe byłoby bowiem wezwanie do uzupełnienia dokumentów, co czyniłoby art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 PZP przepisami martwymi.

Dotyczy zarzutów z grupy B

Odnosnie zarzutu naruszenia art. 16 ust. 1 i 2 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP poprzez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA, w sytuacji, gdy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Wykonawca PESA złożył ofertę z ceną zaniżoną w stosunku do wymogów postawionych przez zamawiającego wysoce specjalistycznym opisem przedmiotu zamówienia, de facto

srowadzając ją do poziomu nie pozwalającego na realizację zamówienia w tej ale zapewniającego uniemożliwienie dostępu do tego zamówienia wszystkim innym wykonawcom.

Powyższe wskazuje, że złożenie przez PESA oferty na kwotę zdecydowanie odbiegającą od realiów rynkowych, niemożliwą do zapewnienia prawidłowej realizacji zamówienia stanowi czyn nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem Krajowej Izby Odwoławczej

() zobowiązanie to miało na celu wyłącznie uzyskanie dodatkowych punktów przy ocenie ofert, nie na drodze normalnej walki konkurencyjnej, ale w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami. Celem takiego działania nie było bowiem konkutowanie rzetelną ofertą, złożoną w zgodzie z dobrymi obyczajami, lecz zabieg dający wykonawcom sztuczną przewagę nad konkurentami. Takiemu zachowaniu Zamawiający zobowiązany jest przeciwdziałać, odrzucając ofertę.” (KIO 369/16).

W orzecznictwie wskazuje się, że „ustawa 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosząc popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji i do utrudnienia dostępu do rynku nie określa o jaki dokładnie rynek chodzi. Rynkiem tym może być zarówno rynek globalny jak i lokalny. Wobec tak szerokiego rozumienia pojęcia rynku zawartego w ustawie, popełnienie czynu nieuczciwej konkurencji może być związane z utrudnieniem lub uniemożliwieniem innym przedsiębiorcom uzyskania konkretnego zamówienia. Eliminowanie z rynku nie oznacza wyłącznie sytuacji gdy przedsiębiorca traci byt prawny, lub faktycznie nie może uzyskiwać żadnych zamówień, ale jest to także pozbawianie możliwości uzyskania konkretnego zamówienia na skutek zastosowania nieuczciwych praktyk rynkowych przez jednego z wykonawców.” (KIO 2067/13).

Uzasadniając powyższy zarzut należy zwrócić uwagę na następujące okoliczności. W ramach realizacji zakresu umowy, która zostanie podpisana z wykonawcą, któremu zostanie udzielone niniejsze zamówienie publiczne, zamawiający odstąpił od pewnych utartych na rynku usług kolejowych powszechnie „przyjętych praktyk” i nie formułował wymogu wykonania kluczowych napraw i remontów rzutujących na sprawną, bezpieczną eksploatację pojazdu tj. układ napędowy, hamulcowy, sterowania, klimatyzacji, sprzęgów, pomostów między członowych przez producentów tychże komponentów, lecz pozostawił wymogi zawarte w Dokumentacji Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno — Ruchowej pojazdu.

W dokumentach tych wbrew pozorom został określony jednak szereg wymogów, które pośrednio lub bezpośrednio precyzują obowiązek co najmniej współpracy z tymi producentami w zakresie wykonania prac związanych z przedmiotem niniejszego postępowania.

Jest to niezmiernie istotne, ponieważ jednym w kluczowych kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu była długość okresu gwarancji i rozszerzonej rękojmi za wady na cały pojazd po P4 oraz dokumentację techniczną. Wykonawcy mogli zaoferować okres gwarancji od 36 do 60 miesięcy.

Ergo moment deklaracji wykonawcy w zakresie okresu udzielonej gwarancji (konkretyzacji tego parametru w ofercie) był kluczowym jeśli chodzi o zakres odpowiedzialności i de facto formę i sposób wykonania przedmiotu zamówienia.

Praktyka rynkowa wskazuje, że standardowym okres gwarancji udzielany po wykonanej naprawie rewizyjnej wynosi ok. 36 miesięcy. Wynika to z faktu, że jest to jednocześnie standardowy okres na jaki udzielają gwarancji producenci komponentów po wykonanej naprawie rewizyjnej (również w zakresie w/w komponentów).

Tym samym wykonawcy, którzy w postępowaniach decydują się na udzielenie okresu gwarancji powyżej 36 miesięcy, w szczególności tak długiego okresu jak 60 miesięcy wchodzi w pewien szczególny tryb i muszą oni w tym zakresie udowodnić, że oferując tak długi okres gwarancji zabezpieczyli zarówno interes swój jak i zamawiającego. Innymi słowy winni wykazać, że w zadeklarowanym okresie gwarancji są oni w stanie realnie wykonać nałożone na siebie obowiązki (umowę), brak takiego udowodnienia oznaczał by, że oświadczenie to zostało złożone „dla pozorów” i ma ono znamiona czynu nieuczciwej konkurencji.

Każdy z podmiotów jaki zdecyduje się zaoferować 60 okres gwarancji winien wykazać, że w tymże okresie będzie on w stanie zabezpieczyć innymi: stok magazynowy oryginalnych części zamiennych, oprogramowanie, dokumentację techniczną tj. elementy, które są niezbędne do zapewnienia wszelkich niezbędnych elementów do sprawnego funkcjonowania pojazdu w okresie pełnych 60 miesięcy zarówno w reżimie gwarancji jak i rozszerzonej rękojmi.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać również na fakt, że wykonawca składający deklarację udzielenia gwarancji oraz rozszerzonej rękojmi na okres 60 miesięcy nie może robić tego w oderwaniu od wymogów, standardów jakie oferuje producent komponentów.

W przypadku silników produkcji TSA żaden podmiot funkcjonujący na rynku nie jest w stanie wykonać należycie prac we własnym zakresie z deklaracją udzielenia własnej gwarancji albowiem w Dokumentacji Techniczno — Ruchowej silników trakcyjnych jaką opracowała firma TSA jasno wynika, iż naprawa rewizyjna P4 musi być zlecona producentowi ponieważ wykaz części zamiennych zawiera jedynie numery katalogowe TSA. Oznacza to, że nie ma możliwości zakupu na rynku oryginalnych części wymaganych do naprawy silników poza

firmą TSA. Zgodnie z deklaracją producenta silników, nie sprzedaje ona na rynku części do podmiotów, które mogłyby naprawić silniki we własnym zakresie.

W tym miejscu należy zadać kolejne pytania ponieważ części zamienne są tylko jednym z elementów należytej naprawy silników. Do prawidłowego wykonania usługi należy również wskazać oprogramowanie do sprawdzenia napięcia, błędów czy też specjalistycznych stanowisko naprawczo — diagnostycznych, opracowanych przez TSA i nie dostępnych dla podmiotów innych niż producent silnika. Kluczowym elementem jest także dokumentacja techniczna, która zgodnie z treścią załącznika nr 3 Karta gwarancyjna pojazdu w pkt. 1 winna być zamawiającemu przekazania na okres zbieżny z okresem gwarancji. Ten warunek również winien być przez wykonawcę zabezpieczony w treści posiadanych ofert i według stanowiska odwołującego szczegółowo zweryfikowany w tym zakresie przez zamawiającego.

Ilustrując to przykładem, np. system sterowania INTELOplus pełni kluczową rolę w pojeździe. Przeznaczony jest do obsługi wszystkich podsystemów pojazdu szynowego we wszystkich trybach jego pracy. System sterowania umożliwia kontrolę pracy następujących podzespołów — silnik spalinowy, hydromechaniczna lub hydrodynamiczna skrzynia biegów, generator trakcyjny, przetwornice frakcyjne, zawory hamulca samoczynnego, hamulec elektrodynamiczny, sprężarka, system chłodzenia poszczególnych urządzeń pojazdu, ogrzewanie i system klimatyzacyjny pojazdu, generator ogrzewania, drzwi, przekładniki obwodów pomocniczych, przetwornice i generatory ładowania podłączonych wagonów, audiowizualny system informacyjny wagonów, lub też system instalacji radiowej wagonów itd. Własności trakcyjne pojazdu są zaprogramowane w oprogramowaniu systemu sterowania. System sterowania kieruje pracą poszczególnych podzespołów pojazdu za pośrednictwem cyfrowych oraz analogowych wejść i wyjść, lub za pośrednictwem kilku komunikacyjnych portów szeregowych, w które został wyposażony. Wykonywanie jakichkolwiek prac samodzielnie pociąga za sobą bardzo wysokie ryzyka. Błędnie zaprogramowane m.in. systemy hamulcowe mogą spowodować katastrofę w ruchu lądowym. W DTR produktu jest jasno określone: Serwis sterownika zabezpiecza producent. Konserwacja i przeglądy sterownika sprowadzają się do kontroli połączeń złączy z przodu systemu sterowania, oraz do usuwania awarii i zanieczyszczeń ze złączy oraz ze skrzyni sterownika. Czyszczenie przeprowadza się poprzez odkurzanie. Pogwarancyjne naprawy sterownika może przeprowadzać wyłącznie przeszkolony personel poprzez wymianę podzespołów.

Analogicznie rzecz się ma w zakresie innych komponentów jak np. producenta przejść między członowych Hubner, producenta układu napędowego Ingeteam czy producenta układu klimatyzacji Konvekta.

W przypadku układu napędowego, według oświadczenia firmy Ingeteam nie ma autoryzowanych przedstawicieli technicznych mogących wykonać naprawę we własnym zakresie. Co więcej firma Ingeteam po wykonanej naprawie P4 układu napędowego udziela 36 miesięcznej gwarancji. Konsorcjum Modertrans/PTS zabezpieczyło w takim przypadku swój interes oraz zamawiającego, ponieważ zdobyła oświadczenie firmy Ingeteam o dostępności części oraz oprogramowania w okresie do 60 miesięcy. Takie działania powinien wdrożyć każdy z oferentów, który zdecydował się na zaoferowanie gwarancji dłuższej niż 36 miesięcy. Należy również wskazać, że takie niestandardowe rozwiązania w sposób znaczący rzutują na cenę zaoferowanej usługi naprawy komponentów.

Podobny standard występuje we współpracy z firmą Konvekta i jej autoryzowanym przedstawicielem w Polsce tj. firm Drabpol. Należy pamiętać, że zgodnie z treścią pkt.3 PPkt17 OPZ w ramach naprawy rewizyjnej Wykonawca musi wymienić sterowniki klimatyzacji KN400 na nowe i tym samym udzielić okresy gwarancji według ww. deklaracji. Firma Konvekta udziela 36 miesięcznej gwarancji na swoje produkty a sterownik KN400 w zasadzie nie jest naprawiany lecz w przypadku usterki wymieniany na nowy. Taka sytuacja oznacza, że podmiot udzielający gwarancji dłuższej niż 36 miesięcy winien zakupić odpowiednio więcej tychże urządzeń aby zapewnić sprawne użytkowanie pojazdu w okresie 60 miesięcy.

Kolejnymi ważnymi podzespołami, których naprawę w naszej ocenie powinien wykonać producent są sprzęgi wyprodukowane przez Voith. Sprzęgi automatyczne w pojazdach szynowy jak również sprzęgi międzywagonowe i przeguby są elementami bardzo odpowiedzialnymi. Dobór elementów jak wyżej następuje na etapie projektowania pojazdu. Jest to związane nie tylko z funkcjonalnością, typu wymiary, ilość PIN-ów i ich rodzaj, ale również jest uwzględniana ilość energii jaką może sprzęg pochłonąć podczas kolizji. W przypadku kolizji sprzęgi jako pierwsze przejmują skutki zderzenia. Jest to tym bardziej istotne, w sytuacji kiedy mówimy o pojazdach pasażerskich. To wszystko jest brane pod uwagę przez producenta pojazdu, na etapie projektowania, tak aby pojazd spełniał scenariusze zderzeniowe zgodnie z obowiązującymi normami.

Prawidłowe funkcjonowanie sprzęgów wpływa bezpośrednio na bezpieczeństwo pojazdu i pasażerów nim podróżujących. Voith jako producent sprzęgów, rekomenduje wykonanie remontów zgodnie z dokumentacją producenta oraz w jednym z zakładów producenta. Jest to związane z posiadaniem przez Voith między innymi dokumentacji produkcyjnej, dzięki czemu użytkownik otrzymuje sprzęg po remoncie zgodnie ze standardem producenta jak dla nowo produkowanych sprzęgów. W przypadku realizacji remontów przez firmy spoza struktur producenta, producent nie jest w stanie zagwarantować, że: do naprawy zostaną użyte

części oryginalne (w przypadku użycia części niewiadomego pochodzenia i jakości, może to wpłynąć na pogorszenie bezpieczeństwa pasażerów), zostaną wymienione wszystkie niezbędne części jakie są przewidziane do wymiany w ramach remontu standardowego wykonane prace i sprawdzenie zostanie wykonane prawidłowo.

Ergo każdy z wykonawców chcących wywiązać się z przyjętego na siebie zobowiązania, podchodzących do sporządzenia realnej i rzetelnej wyceny przed złożeniem oferty powinien wystąpić do producenta z prośbą o przedstawienie oferty na wykonanie naprawy konkretnych komponentów lub min. o zaoferowanie kompletu części zamiennych.

Wykonawca PESA nie dysponuje takowymi ofertami czy zapewnieniami. Co więcej ilustrując to kolejnym przykładem, zgodnie z oświadczeniem TSA, nie oferują oni części zamiennych tylko kompleksową realizację naprawy.

Wynikowo brak dostępu do części zamiennych przez wykonawcę PESA spowoduje obiektywną niemożliwość wykonania zamówienia. Może okazać się, że po kilkudziesięciu miesiącach od wykonania naprawy P4 pojazdy z uwagi na brak części zamiennych będą musiały zostać odstawione. Co więcej z uwagi na bardzo niską ceną należy stwierdzić, że rezerwy na ewentualną m. in. np. wymianę silników na nowe nie ma.

Dlatego też w ocenie Odwołującego oferta wykonawcy PESA powinna zostać odrzucona z uwagi na brzmienie art. 16 ust. 1 i 2 ustawy PZP w związku z art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, Działanie PESA było nakierowane na uzyskanie przewagi konkurencyjnej, która by nie wystąpiła w przypadku zaoferowania realnej ceny wykonania naprawy P4 każdego ezt.

Notoryjnym zatem jest wniosek, że:

cena konsorcjum (odwołującego) podyktowana jest uwzględnieniem dodatkowych kosztów niezbędnych do zapewnienia 60-cio miesięcznej gwarancji. Oferując tak długą gwarancję, każdy z wykonawców powinien kluczowe podzespoły naprawiać u producenta lub min. w autoryzowanym serwisie.

inny z wykonawców ASO M. zaoferował 36 miesięcy gwarancji i cenę pośrednią co jest zrozumiałe - niższe ryzyka, mniejsza rezerwa finansowa

PESA maksymalny okres gwarancji i rażąco niska cena, znacznie poniżej budżetu zamawiającego, który i tak w naszej ocenie został oszacowany bez zachowania należytej staranności.

Odnosnie zarzutu ewentualnego — tj. zarzutu naruszenia art. 16 pkt 1) i 2) w zw. z art. 224 ust. 1 ustawy PZP poprzez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez

zaniechanie wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Dodatkowo, Zamawiający widząc rażące rozbieżność między zaoferowaną przez wykonawcę PESA ceną za realizację przedmiotowego zamówienia, a cenami pozostałych ofert, powinien podjąć działania zmierzające do wyjaśnienia ceny oferty PESA.

Zamawiający zobowiązany jest prowadzić postępowanie w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców, a także w sposób przejrzysty. Brak wezwania wykonawcy PESA do wyjaśnień rażąco niskiej ceny w okolicznościach tej sprawy przeczy ww. zasadom oraz uniemożliwi zarówno zamawiającemu jak i odwołującemu weryfikację prawidłowości oszacowania ofert PESA oraz prawidłowości wywiązanie się przez PESA z ewentualnego realizowania przedmiotowego zamówienia w sposób zgodny z dokumentacją zamawiającego.

Jeżeli zaoferowana cena lub koszt, lub ich istotne części składowe, wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia lub budzą wątpliwości zamawiającego co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi w dokumentach zamówienia lub wynikającymi z odrębnych przepisów, zamawiający żąda od wykonawcy wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, lub ich istotnych części składowych (art. 224 ust. 1 ustawy ZP).

W wyroku z dnia 31 maja 2016 r., 1820/16, skład orzekający zwrócił uwagę, że zwroty „Wydaje się” co „budzi wątpliwości zamawiającego” są pojęciami nieostryimi i należy uznać, że celowo zostały te pojęcia wprowadzone przez ustawodawcę, by dać zamawiającym szerokie możliwości działania, z których winni korzystać w uzasadnionych sytuacjach, dla zapewnienia uczciwej konkurencji w postępowaniu oraz w celu wyboru wykonawcy, który za zaoferowaną cenę rzeczywiście może wykonać zamówienie w sposób zgodny z oczekiwaniami i wymogami zamawiającego”.

Wątpliwości muszą być zatem uzasadnione (zdecydowanie w przedmiotowym postępowaniu są uzasadnione) na gruncie cen rynkowych, za tego rodzaju profesjonalne usługi.

Za Krajową Izbą Odwoławczą (KIO 115/18) wskazać należy, że „Przepisy ustawy PZP nie zawierają definicji pojęcia rażąco niskiej ceny, jednakże w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej pod tym, pojęciem rozumie się cenę nierealistyczną, nieadekwatną do zakresu i kosztów prac składających się na dany przedmiot zamówienia, zakładającą wykonanie zamówienia poniżej jego rzeczywistych kosztów i w takim sensie nie będącą ceną rynkową,

tzn. generalnie nie występującą na rynku, na którym ceny wyznaczone są m.in. poprzez ogólną sytuację gospodarczą panującą w danej branży i jej otoczeniu biznesowym, postęp technologiczno - organizacyjny oraz obecność i funkcjonowanie uczciwej konkurencji podmiotów racjonalnie na nim działających etc. Cena rażąco niska w stosunku do przedmiotu zamówienia to cena odbiegająca od jego rzeczywistej wartości, a rzeczona różnica nie jest uzasadniona obiektywnymi względami pozwalającymi danemu wykonawcy bez strat i finansowania wykonania zamówienia z innych źródeł niż wynagrodzenie umowne, zamówienie to wykonać.

Wyjaśnienia składane w trybie art. 224 ust. 1 ustawy PZP mają na celu wykazanie, iż oferta znacząco odbiegająca od cen pozostałych ofert, nadal jest ceną realną, umożliwiającą wykonanie zamówienia w warunkach rynkowych i z zyskiem.

Ergo składamy wniosek o uwzględnienie odwołania w całości.

Reasumując zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA oznacza także dokonanie czynu naruszenia dyscypliny finansów publicznych, o czym mowa w art. 17 ust. 1c ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych tj. (Dz. U. z 2021 r., poz. 289 z późn. zm.).

W związku z powyższym odwołujący wnosi o:

1. Unieważnienie rozstrzygnięcia postępowania
2. Dokonanie ponownego badania i oceny oferty PESA z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, a w wyniku tej czynności jej odrzucenia na podstawie wszystkich podniesionych zarzutów
3. Nakazanie wykonania żądania alternatywnego w razie nie uwzględnienia żądania
4. Ponowienie czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione i wnosimy o uwzględnienie go w całości.

Pismo uzupełniające do odwołania Warszawa, dnia 15 lutego 2023 r.

UWAGA! PISMO ZAWIERA TAJEMNICĘ PRZEDSIĘBIORSTWA UWAGA! tajemnica przedsiębiorstwa dotyczy w całości wszystkich załączników do zestawu zarzutów z części B

PISMO PROCESOWE

Kopia tego pisma została przekazana zamawiającemu oraz zgłaszającemu przystąpienie do postępowania odwoławczego (bez załączników do zestawu zarzutów do części B).

TAJEMNICA PRZEDSIĘBIORSTWA

UZASADNIENIE

Jednocześnie informujemy, że objęte niniejszym pismem stwierdzenia oraz załączone do nich dokumenty, zarówno w całości, jak i w poszczególnych ich częściach stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa Konsorcjum Modertrans Poznań sp. z o.o. oraz Public Transport Service sp. z o.o. i z tego względu nie podlegają ujawnieniu zgodnie z art. 18 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Informacje zawarte w niniejszych wyjaśnieniach posiadają wartość gospodarczą i zawierają informacje organizacyjne, handlowe oraz finansowe Modertrans oraz PTS, których Spółki nie upubliczniły, ani nie udostępniły osobom trzecim. Odnoszą się one w bezpośredni sposób do komercyjnej sfery działalności Konsorcjum. Dostęp do informacji objętych wyjaśnieniami mają wyłącznie członkowie Zarządu Spółek oraz ich wybrani pracownicy w zakresie absolutnie niezbędnym.

Przedstawione dane, jak i dokumenty zawierają w szczególności informacje o relacjach gospodarczych łączących przedsiębiorstwo PTS z kooperantami, jak i pracownikami PTS. Podkreślenia wymaga, że żaden z tych podmiotów nie jest zobowiązany do udzielania informacji na podstawie ustawy o dostępie do informacji publicznej.

Ujawnienie tych informacji, może doprowadzić do poniesienia szkody przez Konsorcjum. Podmioty konkurencyjne, nie tylko te, które złożyły oferty w niniejszym postępowaniu przetargowym, mogłyby na podstawie tych informacji pozyskać wiedzę na temat sposobu kosztorysowania ofert oraz polityki cenowej. Podmioty konkurencyjne, ubiegając się o te same co członkowie Konsorcjum zamówienia, mogłyby wykorzystać wiedzę pozyskaną z zastrzeżonych informacji i w efekcie pozyskać zamówienia kosztem członków Konsorcjum, co w oczywisty sposób oznaczałoby poniesienie przez nie szkody. Z tego względu zastrzeżone informacje mają dla Konsorcjum wartość gospodarczą. Podkreślenia wymaga, że sam zamawiający, jak i inni użytkownicy taboru szynowego udzielają cyklicznie zamówień analogicznych do niniejszego, zatem informacje zawarte w niniejszym piśmie w prosty sposób umożliwią podmiotom konkurencyjnym antycypowanie ceny ofertowej członków

Konsorcjum w przyszłych przetargach. Co istotne, zamawiający nie jest jedynym podmiotem udzielającym tego typu zamówień, zatem ujawnienie polityki cenowej w bezpośredni sposób wpłynie na konkurencyjność członków Konsorcjum na całym rynku usług. Jakikolwiek przedsiębiorca konkurencyjny wobec nich, który uzyskałby ww. informacje (po ich ewentualnym odtajnieniu), znając treść tych dokumentów będzie mógł złożyć ofertę bardziej konkurencyjną cenowo i w konsekwencji pozbawić członków Konsorcjum zamówień, zwłaszcza, że dominującym kryterium wyboru wykonawców jest z reguły cena ofertowa, albowiem zamawiający kierują się wyłącznie kalkulacją biznesową i cena wykonania usługi ma podstawowe znaczenie.

Utajnione dokumenty pokazują, m. in. w jaki sposób wykonawca kształtuje zysk, w jaki sposób i w jakich obszarach minimalizuje koszty, oraz w jaki sposób zamierza zorganizować wykonanie umowy. Każdy profesjonalnie działający na danym rynku wykonawca, w oparciu o zapisy SWZ, mógłby zatem na podstawie danych zawartych w zastrzeganych informacjach odtworzyć zastosowany przez członków Konsorcjum sposób zorganizowania wykonania umowy.

Sposób zorganizowania wykonania umowy, które Konsorcjum zastosowało w niniejszym postępowaniu przetargowym jest bowiem wspólny dla wszystkich zamówień realizowanych przez członków Konsorcjum i stanowi wynik ich doświadczeń, związanych z funkcjonowaniem na rynku i realizacją tego typu zamówień. Decyduje również o przewadze konkurencyjnej na rynku. Informacje te mają więc dla członków Konsorcjum charakter uniwersalny i znajdują zastosowanie do zorganizowania przyszłego sposobu wykonania umów również w innych postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz poza systemem zamówień publicznych. Jak zostało to już powyżej wskazane, czynności objęte przedmiotem zamówienia mają charakter cykliczny i będą również wykonywane na innych podobnych kontraktach, zatem modele organizacyjne o takim samym lub bardzo zbliżonym charakterze będą wykorzystywane w ramach kolejnych kontraktów. Bez wątpienia, informacje, które pozwalają na ujawnienie zastosowanych przez członków Konsorcjum PTS sposobów zorganizowania wykonania umów, zgodnie z ugruntowaną linią orzecniczą, stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa i mogą być przedmiotem ochrony przez ich utajnienie przed innymi podmiotami.

Ponadto informacje zawarte w niniejszych dokumentach stanowiących załączniki do pisma umożliwiają one podmiotom konkurencyjnym ustalenie, w których postępowaniach przetargowych w przyszłości członkowie Konsorcjum będą mogli złożyć ofertę.

W postanowieniu z dnia 15.05.1996 r. Sąd Wojewódzki w Warszawie - Sąd Antymonopolowy (sygn. akt XVII Amz 1/96) uznał, że: „Stanowią w szczególności tajemnicę

przedsiębiorstwa, w rozumieniu art. 11 ust. 4 ustawy z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, dane obrazujące wielkość produkcji i sprzedaży, a także źródła zaopatrzenia i zbytu. Przedsiębiorstwo załączające do akt sprawy materiały zawierające informacje stanowiące jego istotne tajemnice może żądać, stosownie do art. 21a ust. 1 ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym, aby materiały te nie zostały udostępnione osobom trzecim, a w szczególności konkurentom.”

W interesie Konsorcjum jest zatem zachowanie tych informacji w tajemnicy, tak, aby działający na rynku konkurenci nie mogli wykorzystać tych informacji dla potrzeb związanych z prowadzoną przez nich działalnością. Nawet już bowiem szczątkowe informacje mogą stanowić dla podmiotów konkurencyjnych działających w tej branży istotne informacje o działalności członków Konsorcjum. Ich ujawnienie mogłoby wpłynąć na obniżenie konkurencyjności członków Konsorcjum w stosunku do konkurentów działających na rynku. Nie straciło na aktualności stanowisko Sądu Najwyższego zawarte w wyroku z dnia 22 kwietnia 1937 r. (3 K. 2496/37), w którym uznano, iż „tajemnicę zawodową przedsiębiorstwa stanowią pewne wiadomości, utrzymane w sekrecie z woli przedsiębiorcy, które zapewniają przedsiębiorstwu przez to, że nie są znane konkurencji, pewne ułatwienia i korzyści we współzawodnictwie, przy czym nie jest warunkiem ochrony tajemnicy nowość lub oryginalność prac względnie zabiegów przedsiębiorcy.”

Zastrzeżone przez Konsorcjum informacje jako tajemnica przedsiębiorstwa stanowią składnik przedsiębiorstwa w rozumieniu art. 55 ze zn.1 k.c. poszczególnych członków Konsorcjum i z tego względu podlegają daleko idącej ochronie.

Zastrzeżone informacje nie zostały dotychczas ujawnione do wiadomości publicznej, a członkowie Konsorcjum podejmują niezbędne działania prowadzące do zachowania ich w poufności. W orzecznictwie przyjmuje się, że wykazanie tej przesłanki ogranicza się do oświadczenia wykonawcy. Nie jest bowiem możliwe dowodzenie faktu nieujawnienia do wiadomości publicznej zastrzeżonych informacji, czyli przeprowadzenie dowodu na okoliczność negatywną. Same dokumenty przechowywane są w zamkniętych pomieszczeniach, a w wersji elektronicznej – w zabezpieczonych hasłem komputerach. Krąg pracowników i podmiotów zewnętrznych, którzy mają dostęp do niniejszych dokumentów jest ograniczony do tych osób i podmiotów, którym informacje te są niezbędnie potrzebne do wykonywania ich pracy i tylko w niezbędnym zakresie informacje te są im ujawniane. Obowiązek zachowania poufności przez pracowników wynika z art. 100 § 2 pkt 4 kodeksu pracy. Zgodnie z wyrokiem Sądu Najwyższego z dnia 3 października 2000 r. (sygn. akt I CKN 304/00) „Informacja (wiadomość) „nie ujawniona do wiadomości publicznej” to informacja nieznaną ogółowi lub osobom, które ze względu na swój zawód są

zainteresowane w jej posiadaniu. Taka informacja podpada pod pojęcie „tajemnicy”, kiedy przedsiębiorca ma wolę, by pozostała ona tajemnicą dla pewnych kół odbiorców, konkurentów i wola ta dla innych osób musi być rozpoznawalna.”

W stosunku do zastrzeżonych przez Konsorcjum informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa podjęte zostały czynności niezbędne do zachowania ich w poufności.

Informacje te posiadają wyłącznie członkowie Zarządu członków Konsorcjum oraz jego niektórzy pracownicy, wobec których obowiązek zachowania poufności wynika z art. 100 § 2 pkt 4 kodeksu pracy.

Ponadto działania podjęte w celu zabezpieczenia przed ujawnieniem informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, zarówno o charakterze organizacyjnym, prawnym oraz fizycznym, polegają m.in. na:

- 1) nieudostępnianiu przedmiotowych informacji szeregowym pracownikom oraz osobom postronnym,
- 2) nieudostępnianiu pracownikom informacji finansowych oraz dokumentacji pracodawcy (umowy, zamówienia, faktury, kosztorysy),
- 3) przechowywaniu dokumentów w zabezpieczonych pomieszczeniach, zaś dokumenty w wersji elektronicznej na komputerach zabezpieczonych hasłem,
- 4) niepublikowaniu danych dotyczących oferowanych usług,
- 5) zastrzeganiu informacji handlowych jako zawierających tajemnicę przedsiębiorstwa i nieupublicznianiu ich w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, w tym również w niniejszym postępowaniu przetargowym,
- 6) zobowiązaniu pracowników do nieujawniania informacji związanych z realizowanymi usługami,
- 7) zawieraniu z pracownikami umów o zakazie konkurencji oraz umów o zachowaniu poufności.

Sąd Najwyższy w wyroku z dnia 06.06.2003 r. (sygn. akt IV CKN 211/01) wyraził pogląd, że uznanie informacji za tajemnicę przedsiębiorstwa wymaga, aby przedsiębiorca podjął działania zmierzające do wyeliminowania możliwości ich dotarcia do osób trzecich w normalnym toku zdarzeń. Działania takie zostały przez członków Konsorcjum podjęte, zaś krąg osób dysponujących tymi informacjami został ograniczony do minimum.

Jednocześnie informujemy, iż w przypadku wystąpienia przez podmioty konkurencyjne dla członków Konsorcjum do kontrahentów członków Konsorcjum wskazanych w informacjach

zastrzeżonych jako tajemnica przedsiębiorstwa z powołaniem z się na te informacje, członkowie Konsorcjum w oparciu o ustawowe środki ochrony prawnej dochodzić będą przysługujących roszczeń w związku z naruszeniem tajemnicy przedsiębiorstwa.

Niniejszym chcieliśmy przedłożyć dowody na poparcie tez zawartych w odwołaniu. Dowody zostaną podzielone wg chronologii odwołania na dowody dotyczące zestawu zarzutów z grupy A i B.

Dowody dotyczące zestawu zarzutów z grupy A:

Według informacji pozyskanych przez odwołującego, wykonawca PESA realizował następujące umowy, w których zamawiający naliczyli kary umowne:

Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OZP-351-13/19

„Wykonanie obsługi 4-tego poziomu utrzymania na dwóch elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 14WE zgodnie z DSU dla EZT typu 14WE i wykonanie prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 14WE oraz wykonanie prac modernizacyjnych”

Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OPZ-210/2/2020

„Wykonanie trzynastu obsługi technicznych poziomu P4 utrzymania pojazdów typu 27WE zgodnie z DSU dla EZT typu 27WE wraz z wykonaniem prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 27WE”

Koleje Małopolskie” sp. z o. o. Nr sprawy: KMDL/251/11/2020

„Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 32WE serii EN77 o numerach inwentarzowych 001, 002, 003, 004 i 005”

Koleje Mazowieckie sp. z o. o. Nr sprawy: MWZ7-26-64-2020

„Naprawa w poziomie utrzymania P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii 45WE”
Podstawą ich naliczenia było przekroczenie terminu wykonania umowy oraz naruszenie obowiązków wynikających z umów.

Dowody: na okoliczność, czasu w których zostały udzielone zamówienia przy realizacji których naliczone zostały kary umowne, a tym samym przesłanka „wykluczenia” z postępowaniu nie uległa przedawnieniu.

Odpowiednio ogłoszenia o udzieleniu zamówienia:

1. Usługi w zakresie napraw i konserwacji oraz podobne usługi dotyczące kolei i innego sprzętu 2020/S 057-137360 z dnia 20.03.2020 r. Dotyczy postępowania: OPZ-351-13/19
2. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2020/S 247-615172 z dnia 18.12.2020 r. Dotyczy postępowania: OPZ-210/2/2020
3. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2021/S 211-557287 z dnia 29.10.2021 r. Dotyczy postępowania: KMDL/251/11/2020
4. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2021/S 026-065362 z dnia 08.02.2021 r. Dotyczy postępowania: MWZ726-64-2020

Kolejnym dowodem na okoliczność, że kary zostały nałożone załączamy pisma, których wystawcą są podmioty, które w w/w postępowaniach były zamawiającymi:

- 1.Pismo Szybkich Kolei Miejskich sp. z o.o. z dnia 08 lutego 2023 r. (dotyczy umowy z pkt 1)
- 2.Pismo Szybkich Kolei Miejskich sp. z o.o. z dnia 08 lutego 2023 r. (dotyczy umowy z pkt 2).
- 3.Pismo Kolei Małopolskich z dnia 10.02.2023 r.
- 4.Pismo Kolei Mazowieckich z dnia 06.02.2023 r.

Dowodem na okoliczność, że kary zostały naliczone przy wykonywaniu usługi tożsamej z obecnym przedmiotem zamówienia są wyciągi z dokumentacji o udzielenie zamówienia publicznego z w/w postępowań:

1. Dotyczy postępowania: OPZ-351-13/19
2. Dotyczy postępowania: OPZ-210/2/2020
3. Dotyczy postępowania: KMDL/251/11/2020
4. Dotyczy postępowania: MWZ726-64-2020

Dowody dotyczące zestawu zarzutów z grupy B:

UWAGA! Wszystkie załączniki powołane jako dowody dotyczące grupy B objęte są tajemnicą przedsiębiorstwa!

Odnosnie twierdzeń zawartych w odwołaniu, że zaoferowana przez wykonawcę PESA cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego

zamówienia i uniemożliwienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku dodatkowo wyjaśniamy i oświadczamy:

W związku z treścią dokumentacji związanej z szacowaniem budżetu (wartości szacunkowej zamówienia) niniejszego zamówienia publicznego tj. wykonania czynności naprawy czwartego poziomu utrzymania (P4) 22 sztuk pojazdów serii EN76 udostępnionej przez zamawiającego jakim jest Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego należy wskazać w uzupełnieniu zarzutów przedstawionych w Odwołaniu wniesionym do Krajowej Izby Odwoławczej dnia 02.02.2023 na następujące okoliczności:

1. Jak wskazał Zamawiający w treści Załącznika nr 1 do pisma stanowiącego odpowiedź na wniosek o udzielenie informacji publicznej, Zamawiający zdecydował się odrzucić oferty firm Serwis Pojazdów Szynowych oraz Modertrans Poznań z uwagi, iż rzekomo podane kwoty znacznie odbiegały od realiów rynkowych. Tym samym zamawiający uznał, iż jedyną realną ofertą jaką przyjął do szacowania (wartości zamówienia) budżetu była oferta PESA Mińsk Mazowiecki. Takim działaniem zamawiający potwierdził, że warunki oferty PESA Mińsk Mazowiecki uznał, za rynkowe oraz realne.

Jak wynika natomiast z treści oferty PESA Mińsk Mazowiecki datowanej na dzień 03.08.2022r. złożonej w odpowiedzi na zapytanie o wartość szacunkową zamówienia skierowanego przez Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego, kwota stałego zakresu naprawy oraz prac dodatkowych w zakresie zbieżnym z wymogami zamieszczonymi w Załączniku nr 1 do SWZ postępowania tj. Opisie Przedmiotu Zamówienia, łącznie dla 1 elektrycznego zespołu trakcyjnego wyniosła 4 946 000 zł netto (6 083 580 zł brutto). Dodatkowo oferta ta zawiera wskazanie, iż przyjęty do kalkulacji cenowej okres gwarancji wynosi 18 miesięcy. Co ważne w kontekście treści zarzutów sformułowanych w odwołaniu należy również wskazać, iż treść oferty PESA Mińsk Mazowiecki zawierała oświadczenie ww. Wykonawcy następującej treści: „Podane ceny oraz terminy uwzględniają realizację naprawę podzespołów (m.in. silniki trakcyjne, przekładnie, falowniki, pantografy, klimatyzacja) przez podmioty posiadające wieloletnie doświadczenie w naprawie m. in. ww. komponentów ale nie są oni autoryzowanymi serwisami obsługi producentów”.

Treść oświadczenia zamieszczonego w treści oferty PESA Mińsk Mazowiecki w sposób oczywisty przeczy działaniu tego Wykonawcy jakie poczynił składając ofertę w ww. postępowaniu poprzez zaoferowanie 60 miesięcznego okresu gwarancji.

Oferty PESA Mińsk Mazowiecki

Oferta z dnia 03.08.2022 przyjęta przez Zamawiającego do szacowania wartości zamówienia

Oferta z dnia 11.01.2023 złożona w przedmiotowym postępowaniu

Cena za P4 1 ezt 4 946 000 zł netto 4 247 967 zł netto

Gwarancja na ezt po P4 18 miesięcy 60 miesięcy

Zauważyć należy również, że treść Załącznika nr 1 do SWZ wskazuje na dodatkowe względem szacunku zamówienia prace jakie należy wykonać na pojazdach tj.:

- a. Wymiana uszkodzonych/wyeksploatowanych elementów reflektora
- b. Wymiana wszystkich łożysk i uszczelnień przekładni osiowych. Badanie każdej przekładni na stanowisku diagnostycznym. Zamawiający rezerwuje sobie prawo do uczestnictwa przy badaniu przekładni oraz uczestnictwa w odbiorach jakościowych, w oparciu o przedstawiony przez Wykonawcę plan odbiorów (dział „Przekładnia osiowa Gmeinder GGM 292 SO/491” Lp. 1-)
- c. na tylnej części oparcia foteli w układzie szeregowym oraz na ścianie pomiędzy wszystkimi fotelami w układzie naprzeciwległym zamontować „kieszenie” w postaci siatek umożliwiających umieszczenie materiałów reklamowych, gazet, broszur informacyjnych, itp. (szczegóły do uzgodnienia z zamawiającym).

Powyższe czynności nie zostały uwzględnione w cenie oferty PESA Mińsk Mazowiecki z dnia 03.08.2022r. a gdyby wziąć je pod uwagę to cena P4 1 elektrycznego zespołu trakcyjnego musiałaby znacznie przekroczyć kwotę 5 000 000 zł netto (6.150.000 zł brutto).

Ważnym podkreślenia jest fakt, że wartość zamówienia/kwota jaką zamawiający zamierzał przeznaczyć na realizację zamówienia opierała się również na informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty z listopada 2021, gdzie oferty składane były na początku października 2021 – informacja z otwarcia ofert na jaką powołuje się zamawiający jest z 11 października 2021 (postępowanie: MWZ7.27.34.2021 – Wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4 16 EZT EN76). Od tamtego okresu do ogłoszenia przedmiotowego przetargu przez UMWW minęło 12 miesięcy. W tym okresie nastąpiła zbrojna inwazja Rosji na Ukrainę w konsekwencji której ceny materiałów, komponentów poszybowały w góry. Czynniki te nie zostały niestety uwzględnione przez zamawiającego. Kwota jaką zamawiający finalnie przeznaczył na realizację zamówienia wyniosła 121 000 000,00 zł brutto (3.01.2023). Pomimo, że w naszej ocenie zamawiający nie dochował należytej staranności w jej wyznaczeniu, oferta wykonawcy PESA MM została skalkulowana poniżej budżetu i opiewała na kwotę 114 949 987,02 zł brutto.

W tym miejscu należy postawić pytanie jakie okoliczności towarzyszyły zamawiającemu, że odstąpił on od skorzystania ze środka w postaci sformułowania wezwania do wyjaśnienia treści oferty PESA Mińsk Mazowiecki pomimo wystąpienia oczywistych przesłanek do

wdrożenia teŝe procedury z art. 224 PZP? (tj. pod kątem, iŝ cena oferty jest raŝąco niska i powinna budzić wątpliwoŝci zamawiającego!).

Wszystkie dokumenty, na które powołuje się Odwołuŝący, znajdują się w zasobach zamawiającego, a więc informacje z nich wynikające były znane zamawiającemu z urzędu i z uwzgldzeniem tychŝe dokumentów zamawiający powinien by dokona weryfikacji ceny zawartej w ofercie PESA, zwiszcza mając na uwadze, ŝe PESA zadeklarowała w niniejszym postępowaniu wykonanie zamówienia o szerszym zakresie przedmiotowym i o dluŝszej gwarancji za cenę niŝsz o około 20% od ceny zadeklarowanej podczas szacowania wartoŝci zamówienia.

Nie sposób logicznie wytumaczyc:

1) dlaczego zamawiający za podstaw ustalenia wartoŝci zamówienia przyj wartoŝ najniŝsz podaną przez PESA, a całkowicie odrzuci wisze (lecz zbliŝone) wartoŝci podane przez inne podmioty (Serwis Pojazdów Szynowy oraz Modertrans)?

2) dlaczego przyj do szacowania budŝetu (wartoŝci zamówienia) dane z postępowania na wykonanie czwartego poziomu utrzymania (PU4) pojazdu typu 31WE-serii ED78-016 tj. pojazdu wyprodukowanego przez innego producenta (NEWAG S.A.), posiadającego inne rozwiązania techniczne w zakresie układu napędowego, sterowania czy klimatyzacji co powoduje, iŝ budŝety naprawy tych dwóch typów pojazdów są absolutnie nieporównywalne, tym bardziej zwaŝywszy na fakt, ŝe pojazd ten miał wykonaną pierwszą w historii eksploatacji naprawę P4 (po 8 latach uŝytkowania), ktora w sposób znaczący różni się od zakresu jaki naleŝy wykona w ramach drugiej naprawy P4 tj. po około 16-20 latach eksploatacji?

3) dlaczego Zamawiający nie zwrci się podczas szacowania wartoŝci zamówienia o ofert do Public Transport Service Sp. z o.o., a chcąc być konsekwentnym dlaczego nie zwrci się o ofert do NEWAG S.A., jeŝli uwaŝa, ŝe naprawa P4 pojazdu 31WE serii ED78-016 jest reprezentatywna dla oszacowania wartoŝci niniejszego zamówienia?

Dowód: na okolicznoŝ ustalenia wartoŝci szacunkowej niniejszego zamówienia, tj. pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego z dnia 06.02.2023 roku wraz ze wszystkimi zaacznikami.

2. Jak wskazywano w treŝci odwołania, okreŝlajc sposób wykonania przedmiotu zamówienia zamawiający odstpi od pewnych utartych na rynku praktyk i nie sformuowa wprost wymogu naprawy kluczowych komponentów, rzutujących na sprawną, bezpieczną

eksploatację pojazdu, u ich producentów (tj. układ napędowy, hamulcowy, sterowania, klimatyzacji), lecz pozostawił wymogi zawarte w Dokumentacji Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno – Ruchowej pojazdu. Niemniej w tych dokumentach jednak wbrew pozorom został określony szereg wymogów, które pośrednio lub bezpośrednio precyzują obowiązek co najmniej współpracy z tymi producentami w zakresie wykonania prac związanych z przedmiotem niniejszego postępowania. Jest to niezmiernie istotne, ponieważ jednym w kluczowych kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu była długość okresu gwarancji i rozszerzonej rękojmi za wady na cały pojazd po P4 oraz dokumentację techniczną. Wykonawcy mogli zaoferować okres gwarancji od 36 do 60 miesięcy.

Moment deklaracji wykonawcy w zakresie okresu udzielonej gwarancji był kluczowym, jeśli chodzi następczo o zakres odpowiedzialności i de facto formę (sposób) wykonania przedmiotu zamówienia.

Praktyka rynkowa wskazuje, że standardowy okres gwarancji udzielany po wykonanej naprawie rewizyjnej wynosi ok. 36 miesięcy. Wynika to z faktu, że jest to standardowy okres jaki udzielają producenci po wykonanej naprawie rewizyjnej (również w zakresie ww. komponentów). Jest to standard rynkowy. Tym samym wykonawcy, którzy w postępowaniach decydują się na udzielenie okresu gwarancji powyżej 36 miesięcy, w szczególności tak długiego okresu jak 60 miesięcy wchodzi w pewien szczególny tryb i muszą oni w tym zakresie udowodnić, że oferując tak długi okres gwarancji zabezpieczyli zarówno interes swój, jak i zamawiającego.

Każdy z podmiotów jaki zdecyduje się zaoferować 60-miesięczny okres gwarancji winien wykazać, że w tymże okresie będzie on w stanie zabezpieczyć między innymi: stok magazynowy oryginalnych części zamiennych, oprogramowanie, dokumentację techniczną tj. elementy, które są niezbędne do zapewnienia wszelkich niezbędnych elementów do sprawnego funkcjonowania pojazdu w okresie 60 miesięcy zarówno w reżimie gwarancji, jak i rozszerzonej rękojmi.

Mając na uwadze powyższe należy wskazać również na fakt, że Wykonawca składający deklarację udzielenia gwarancji oraz rozszerzonej rękojmi na okres 60 miesięcy nie może robić tego w oderwaniu od wymogów, standardów jakie oferuje producent komponentu.

W przypadku silników produkcji TSA żaden podmiot funkcjonujący na rynku nie jest w stanie wykonać należycie prac we własnym zakresie z deklaracją udzielenia własnej gwarancji albowiem na str. 32 Dokumentacji Techniczno – Ruchowej silników trakcyjnych jaką opracowała firma TSA jasno wynika, iż naprawa rewizyjna P4 musi być zlecona producentowi, ponieważ wykaz części zamiennych zawiera jedynie numery katalogowe TSA. Oznacza to, że nie ma możliwości zakupu na rynku oryginalnych części wymaganych do

naprawy silników poza firmą TSA. Zgodnie z deklaracją producenta silników, nie sprzedaje on na rynku części do podmiotów, które mogłyby naprawić silniki we własnym zakresie. W tym miejscu należy zadać kolejne pytania, ponieważ części zamienne są tylko jednym z elementów należytej naprawy silników. Do prawidłowego wykonania usługi należy również wskazać oprogramowanie do sprawdzenia napięcia, błędów czy też specjalistyczne stanowisko naprawcze – diagnostyczne, opracowanych przez TSA i niedostępnych dla podmiotów innych niż producent silnika. Co więcej w wielu miejscach DTR silnika TSA jednoznacznie wskazuje, że wszelkie prace w zakresie napraw silników muszą być realizowane przez wykwalifikowany personel. Informacje te w DTR oznaczone zostały znakiem wykrzyknika „!” mając na celu jeszcze mocniej uświadomić wagę przekazu. Ponadto zgodnie z DTR: „Wykorzystanie niewykwalifikowanego personelu i niepoprawne użytkowanie urządzenia może powodować zagrożenia:

- o życia i zdrowia o maszyny i innego mienia operatora
- o wydajnej eksploatacji maszyny

Wielokrotnie TSA informuje w DTR, że silniki mogą być eksploatowane wyłącznie przy użyciu akcesoriów i materiałów eksploatacyjnych dostarczonych przez firmę Traktionssysteme Austria GmbH (TSA) lub przez nią zatwierdzonych. Wykonawca nie posiadający odpowiednich kwalifikacji, dostępu do oryginalnych części, zaplecza technicznego i know-how naraża klienta na bardzo wysokie ryzyko. Wykonawca samodzielnie realizując naprawę nie może liczyć na wsparcie ze strony TSA, producent silnika nie przekaze mu swojego know-how, dokumentacji wykonawczej czy technologii realizacji naprawy. Kluczowym elementem jest także dokumentacja techniczna, która zgodnie z treścią załącznika nr 3 Karta gwarancyjna pojazdu w pkt. 1 winna być zamawiającemu przekazana na okres zbieżny z okresem gwarancji. Ten warunek również winien być przez wykonawcę zabezpieczony w treści posiadanych przez niego ofert (od podwykonawców) i według stanowiska Odwołującego sprawdzony w tym zakresie przez zamawiającego. Wedle wiedzy Odwołującego wykonawca PESA Mińsk Mazowiecki nie zwrócił się do producenta silnika o ofertę na wykonanie P4 tego komponentu co współgra z oświadczeniem PESA Mińsk Mazowiecki zamieszczonym w treści oferty z dnia 03.08.2022r., iż wykonawca ten zamierza ten komponent wysłać do naprawy do podmiotu, który nie ma autoryzacji producenta przez co nie może zapewnić oryginalnych części zamiennych (zgodnych z dokumentacją producenta silnika) zarówno do naprawy, jak i w okresie 60 miesięcznej gwarancji.

Dowód: na okoliczność prawdziwości powyższych twierdzeń i niemożności realizacji zamówienia przez PESA w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (w tym niemożności wywiązania się z udzielonej gwarancji i rozszerzonej rękojmi) i pozorności złożonej oferty

- oświadczenie TSA z dnia 26.01.2023 oraz 03.02.2023 roku (wersja polska i angielska), - wybrane strony z DTR silnika TMF 59-39-4.

Podobny standard występuje we współpracy z firmą Konvekta i jej autoryzowanym przedstawicielem w Polsce tj. firmy Drabpol. Należy pamiętać, że zgodnie z treścią pkt.3 PPkt17 OPZ w ramach naprawy rewizyjnej Wykonawca musi wymienić sterowniki klimatyzacji KN400 na nowe i tym samym udzielić okresu gwarancji według ww. deklaracji. Firma Konvekta udziela 36 miesięcznej gwarancji na swoje produkty a sterownik KN400 w zasadzie nie jest naprawiany lecz w przypadku usterki wymieniany na nowy. Taka sytuacja oznacza, że podmiot udzielający gwarancji dłuższej niż 36 miesięcy winien zakupić odpowiednio więcej tychże urządzeń aby zapewnić sprawne użytkowanie pojazdu w okresie 60 miesięcy. Należy zwrócić również uwagę na fakt, iż zgodnie z treścią oferty PESA Mińsk Mazowiecki pkt.20, Wykonawca ten zamierzał zastąpić oryginalny sterownik klimatyzacji KN400 zamiennikiem, co jest niedopuszczalne. Sterownik KN400 jest dostępny wyłącznie w sprzedaży u producenta i autoryzowanych serwisach.

Dowód: na okoliczność prawdziwości powyższych twierdzeń i niemożności realizacji zamówienia przez PESA w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (w tym niemożności wywiązania się z udzielonej gwarancji i rozszerzonej rękojmi) i pozorności złożonej oferty

- Autoryzacja PTS – Konvekta z dnia 3.01.2023 roku.
- Oświadczenie CSI – DAKO z dnia 13.02.2023

Podobna sytuacja ma miejsce w przypadku przejść Hubnera. Z informacji przekazanej przez producenta tego podzespołu jasno wynika, że rekomenduje on wykonanie naprawy przez producenta. Podmiotom realizującym naprawy samodzielnie Hubner nie udziela wsparcia technicznego, nie przekazuje know-how, części zamiennych, dokumentacji etc. Tym samym wykonawca, który samodzielnie chce wykonywać naprawę równie ważnego podzespołu generuje bardzo wysokie ryzyka – w przypadku wykonania naprawy „na własną rękę” nie daje rękojmi należytej realizacji prac. Tylko wykonanie naprawy u producenta podzespołu pozwala na bezpieczną eksploatację pojazdu. Z informacji z Hubnera wynika ponadto, że PESA o ofertę nie wystąpiła.

Dowód: na okoliczność prawdziwości powyższych twierdzeń i niemożności realizacji zamówienia przez PESA w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (w tym niemożności wywiązania się z udzielonej gwarancji i rozszerzonej rękojmi) i pozorności złożonej oferty

- oświadczenie HUBNER z dnia 24.01.2023 roku (wersja polska i angielska), - wiadomość e-mail od HUBNER.

Analogiczna sytuacja ma miejsce również w przypadku wyprodukowanych przez Voith sprzęgów automatycznych, sprzęgów międzywagonowych oraz przegubów. Dobór elementów jak wyżej następuje na etapie projektowania pojazdu. Jest to związane nie tylko z funkcjonalnością (wymiary, ilość PIN-ów i ich rodzaj), ale również jest uwzględniana ilość energii jaką może sprzęg pochłonąć podczas kolizji. W przypadku kolizji sprzęgi jako pierwsze przejmują skutki zderzenia. Jest to tym bardziej istotne w sytuacji, gdy mówimy o pojazdach pasażerskich. To wszystko jest brane pod uwagę przez producenta pojazdu, na etapie projektowania, tak aby pojazd spełniał scenariusze zderzeniowe zgodnie z obowiązującymi normami.

Prawidłowe funkcjonowanie sprzęgów wpływa bezpośrednio na bezpieczeństwo pojazdu i pasażerów nim podróżujących. Voith jako producent sprzęgów, rekomenduje wykonanie remontów zgodnie z dokumentacją producenta oraz w jednym z zakładów producenta. Jest to związane z posiadaniem przez Voith między innymi dokumentacji produkcyjnej, dzięki czemu użytkownik otrzymuje sprzęg po remoncie zgodnie ze standardem producenta, jak dla nowo produkowanych sprzęgów. W przypadku realizacji remontów przez firmy spoza struktur producenta, producent nie jest w stanie zagwarantować, że:

- do naprawy zostaną użyte części oryginalne (w przypadku użycia części niewiadomego pochodzenia i jakości, może to wpłynąć na pogorszenie bezpieczeństwa pasażerów), - zostaną wymienione wszystkie niezbędne części jakie są przewidziane do wymiany w ramach remontu standardowego,
- wykonane prace i sprawdzenie zostanie wykonane prawidłowo.

Dowód: na okoliczność prawdziwości powyższych twierdzeń i niemożności realizacji zamówienia przez PESA w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (w tym niemożności wywiązania się z udzielonej gwarancji i rozszerzonej rękojmi) i pozorności złożonej oferty

- oświadczenie VOITH z dnia 30.01.2023 roku.

Należy również zwrócić uwagę, iż zgodnie z treścią autoryzacji z dnia 3.01.2023 r. PTS posiada zapewniany dostęp do części, jak i do dokumentacji, wymagany przez cały okres realizacji umowy oraz świadczeń gwarancyjnych. Jak wskazano w wymogach zamawiającego zawartych w treści karty gwarancyjnej jaka będzie obowiązywała po wykonanej naprawie P4 przez cały okres gwarancji (wzór karty stanowi załącznik nr 3 do Wzoru Umowy), zamawiający oczekuje nie tylko udzielenia gwarancji na pojazd, ale również na dokumentację. Taki wymóg generuje konieczność zabezpieczenia przez wykonawcę

dostępu do dokumentacji dla komponentów podlegających naprawie przez cały okres trwania gwarancji i a co za tym idzie obowiązek wykonania przeglądu u producenta komponentu. Jak obrazuje treść oświadczeń poddostawców, w szeregu w/w przypadków, zabezpieczenie dokumentacji w przedmiotowym postępowaniu posiada jedynie Modertrans bądź PTS.

W odwołaniu na str. 11 i 12 poruszony został temat systemu sterowania dostarczanego przez Skoda-Lokel. Dostawca ten zgodnie z przesłaną korespondencją jednoznacznie wskazał i potwierdził nasze przypuszczenia, że PESA MM działa w sposób nie do końca profesjonalny.

W postępowaniu o sygnaturze MWZ7.27.34.2021 na wykonanie napraw w poziomie utrzymania P4 16 EZT EN76 prowadzonym przez Koleje Mazowieckie Zamawiający jednoznacznie wymagał, aby Wykonawca wykonał wszystkie prace wyszczególnione w dokumentacji systemu utrzymania zgodnie z DTR producentów poszczególnych elementów pojazdów. Z informacji przekazanej przez Skoda-Lokel dowiadujemy się, że pomimo takiego wymagania oraz wymogu koniecznej naprawy przez producenta lub autoryzowany serwis PESA MM prace w zakresie oprogramowania wykonała samodzielnie. Nie jest to odosobniony przypadek. Przechodząc do przedmiotowego postępowania należy sformułować wniosek, że PESA MM kalkulując ofertę przyjął założenie, że zakres należy do Skoda-Lokel wykona samodzielnie.

Dowód: na okoliczność prawdziwości powyższych twierdzeń i niemożności realizacji zamówienia przez PESA w sposób zgodny z wymogami zamawiającego (w tym niemożności wywiązania się z udzielonej gwarancji i rozszerzonej rękojmi) i pozorności złożonej oferty

1. Oświadczenie Skoda-Lokel z dnia 1.02.2023 roku.
2. E-mail z informacją w zakresie sprawy MWZ7.27.34.2021 z dnia 13.02.2023
3. Wybrane strony z DTR 99-98-599 Skoda-Lokel.

W związku z powyższym odwołujący wnosi jak w odwołaniu, tj. o nakazanie zamawiającemu:

1. Unieważnienia rozstrzygnięcia postępowania
2. Dokonania ponownego badania i oceny oferty PESA z uwzględnieniem zarzutów postawionych w odwołaniu, a w wyniku tej czynności nakazania jej odrzucenia na podstawie wszystkich podniesionych zarzutów
3. Nakazanie wykonania żądania alternatywnego w razie nie uwzględnienia żądania nr 2 opisanego w odwołaniu, tj. aby nakazać zamawiającemu ponowną ocenę ofert i aby

wynikowo zamawiających dokonał wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

4. Ponowienia czynności wyboru oferty najkorzystniejszej w postępowaniu

Wniosek: podsumowując chcieliśmy zwrócić uwagę Wysokiej Izby na naganny sposób postępowania wykonawcy PESA albowiem poprzez składanie ofert w stanie czynu nieuczciwej konkurencji co staraliśmy się wykazać i udowodnić w odwołaniu i niniejszym piśmie, z jednej strony, kieruje się on celem utrudnienia innym wykonawcom dostępu do rynku. Natomiast z drugiej strony jak pokazują to chociażby dowody załączone do zestawu zarzutów z grypy A, z pełną premedytacją wykonawca ten składa oświadczenia nierzetelne, celem uzyskania maksymalnej ilości punktów w kryteriach oceny ofert i uzyskania w ten sposób statusu swojej oferty jako najkorzystniejszej, a potem nie realizuje tych zapewnień, wywołując także dotkliwe koszty społeczne po stronie zamawiającego, nadużywając w ten sposób swojego prawa podmiotowego i poprzez pozorność dokonywać czynności i składanych oświadczeń, usiłuje dokonać obejścia prawa, tym samym jego postępowania nie powinno czerpać ochrony prawa.

Nadto takie postępowanie obliczone na „wygranie przetargów za wszelką cenę” narusza zasady współżycia społecznego, a zatem podążając śladem art. 58 kc w zw. z art. 8 PZP jest ono nieważne, a jako reakcja na to niniejsze odwołanie winno zostać uwzględnione.

W tym stanie rzeczy odwołanie jest zasadne i w pełni usprawiedliwione i wnosimy o uwzględnienie go w całości.

Załączniki:

1. Usługi w zakresie napraw i konserwacji oraz podobne usługi dotyczące kolei i innego sprzętu 2020/S 057-137360 z dnia 20.03.2020 r.; Dotyczy postępowania: OPZ-351-13/19.
2. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2020/S 247-615172 z dnia 18.12.2020 r.; Dotyczy postępowania: OPZ-210/2/2020.
3. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2021/S 211-557287 z dnia 29.10.2021 r.; Dotyczy postępowania: KMDL/251/11/2020.

4. Usługi w zakresie napraw i konserwacji taboru kolejowego 2021/S 026-065362 z dnia 08.02.2021 r.; Dotyczy postępowania: MWZ726-64-2020.
5. Pismo Szybkich Kolei Miejskich sp. z o.o. z dnia 08 lutego 2023 r.
6. Pismo Szybkich Kolei Miejskich sp. z o.o. z dnia 08 lutego 2023 r.
7. Pismo Kolei Małopolskich z dnia 10.02.2023 r.
8. Pismo Kolei Mazowieckich z dnia 06.02.2023 r.
9. Wyciąg - dotyczy postępowania: OPZ-351-13/19.
10. Wyciąg - dotyczy postępowania: OPZ-210/2/2020.
11. Wyciąg - dotyczy postępowania: KMDL/251/11/2020.
12. Wyciąg - dotyczy postępowania: MWZ726-64-2020.
13. Pismo Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego z dnia 06.02.2023 roku wraz ze wszystkimi załącznikami.
14. Oświadczenie TSA z dnia 26.01.2023 oraz 03.02.2023 roku (wersja polska i angielska)
15. Wybrane strony z DTR silnika TMF 59-39-4.
16. Autoryzacja PTS – Konvekta z dnia 3.01.2023 roku.
17. Oświadczenie CSI – DAKO z dnia 13.02.2023
18. Oświadczenie HUBNER z dnia 24.01.2023 roku (wersja polska i angielska),
19. Wiadomość e-mail od HUBNER z dnia 27.01.2023.
20. Oświadczenie VOITH z dnia 30.01.2023 roku.
21. Oświadczenie Skoda-Lokel z dnia 1.02.2023 roku.
22. E-mail z informacją w zakresie sprawy MWZ7.27.34.2021 z dnia 13.02.2023.
23. Wybrane strony z DTR 99-98-599 Skoda-Lokel.

Pismo przystępującego po stronie zamawiającego z dnia 16 lutego 2023 roku.

Mając na uwadze treść art. 533 Pzp wskazujemy, że zaprzeczamy wszystkim okolicznościom podanym przez Odwołującego, a szczegółowe odniesienie prezentujemy w uzasadnieniu stanowiska poniżej oraz prezentować będziemy podczas rozprawy przed Izbą.

W zakresie sformułowanych przez Odwołującego w piśmie z dnia 15.02.2023 r. wniosków dowodowych oznaczonych przez Odwołującego jako objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, wnosimy o ich odtajnienie i udostępnienie Przystępującemu, jako że dokonane przez Odwołującego utajnienie ww. dokumentów nie jest zgodne z art. 18 ust. 3 Pzp w zw. z art. 11 ust. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz stanowi nadużycie praw strony postępowania odwoławczego, uniemożliwiające Przystępującemu prawidłowy udział w postępowaniu i obronę przed sformułowanymi w odwołaniu zarzutami, w tym formułowanie twierdzeń i wniosków dowodowych. Wedle twierdzeń Odwołującego, dane zawarte w utajnionych przez niego dokumentach miałyby odnosić się tylko do założeń, jakie w ocenie Odwołującego winni przyjąć wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia, oraz do oferty samego Przystępującego – a tym samym nie mogą one zostać uznane za zawierające informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa Odwołującego. Jeśli natomiast informacje zawarte w dokumentach zastrzeżonych przez Odwołującego odnoszą się wyłącznie do uwarunkowań informacyjnych, organizacyjnych, handlowych oraz finansowych właściwych jedynie samemu Odwołującemu (vide: str. 2 pisma Odwołującego z dnia 15.02.2023 r.), przedmiotowe wnioski dowodowe winny zostać oddalone przez Izbę jako nieprzydatne dla rozpoznania niniejszej sprawy w kontekście sformułowanych w odwołaniu zarzutów, odnoszących się do oferty złożonej w Postępowaniu przez PESA S.A.

UZASADNIENIE

Przystępujący podnosi, iż zarzuty sformułowane przez Odwołującego nie zasługują na uwzględnienie, a w związku z tym odwołanie winno ulegać oddaleniu w całości.

Zauważyć należy w szczególności, że zarzuty Odwołującego opierają się wyłącznie na domysłach własnych zbudowanych w dużej mierze na wrywkowych danych, informacjach i dokumentach, co skutkuje w efekcie nadinterpretacjami, nie znajdującymi poparcia w żadnych dowodach (pomimo spoczywającego na Odwołującym ciężaru dowodzenia w zakresie sformułowanych zarzutów), które są przy tym oczywiście sprzeczne z treścią Specyfikacji Warunków Zamówienia (dalej SWZ), treścią dokumentów złożonych w Postępowaniu przez Przystępującego, czy stanem faktycznym.

Odnosząc się do poszczególnych zarzutów podniesionych przez Odwołującego, Przystępujący wskazuje następująco.

I. Odniesienie do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PESA MM z powodu wprowadzenia Zamawiającego w błąd (zarzut naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp)

1) Kluczowe znaczenie dla oceny podniesionego przez Odwołującego zarzutu ma charakter informacji zamieszczanych przez wykonawców w JEDZ (oświadczeniu z art. 125 ust. 1 Pzp), którego formularz określony został na mocy rozporządzenia wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 05.01.2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.U.U.E.L.2016.3.16). W zamieszczonej w tymże rozporządzeniu (Załącznik nr 1) instrukcji dotyczącej stosowania formularza JEDZ, ustawodawca europejski wskazał, że „jednolity europejski dokument zamówienia jest składanym przez wykonawców oświadczeniem własnym stanowiącym dowód wstępny, zastępującym zaświadczenia wydawane przez organy publiczne lub osoby trzecie. (...) stanowi on oficjalne oświadczenie wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni (...). Dokument ten ma na celu zmniejszenie obciążeń administracyjnych wynikających z wymogu przedstawienia znacznej liczby zaświadczeń lub innych dokumentów związanych z kryteriami wykluczenia i kwalifikacji. (...) jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje oficjalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednie podstawy wykluczenia nie mają zastosowania, że odpowiednie kryteria kwalifikacji są spełnione i że wykonawca przedstawi odpowiednie informacje wymagane przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający.”.

2) W opublikowanej natomiast przez Urząd Zamówień Publicznych Instrukcji wypełnienia JEDZ (do której stosowania Zamawiający zobowiązał wykonawców zgodnie z pkt. 9.10 SWZ), w zakresie opisywanego przez Odwołującego pytania w JEDZ o treści „Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”, zamieszczono następującą wytyczną adresowaną do wypełniających ten dokument wykonawców: „W tym miejscu formularza wykonawca składa oświadczenie odnośnie nieprawidłowości w zakresie realizacji przez niego wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji w okolicznościach wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp. (...) Uwzględniając treść przepisu nie wskazuje się tu umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż wskazane w przepisie odstępstwa od ich wykonania lub inne niż wskazane w przepisie konsekwencje.”

3) Rubryka JEDZ zawierająca przytaczane przez Odwołującego pytanie, zamieszczona jest nadto w Części III formularza zatytułowanej „Podstawy wykluczenia”. Ponadto, w dalszej części omawianej rubryki zawarte są również dodatkowe pytania o treści „Jeżeli tak, czy wykonawca przedsięwziął środki w celu samooczyszczenia? Jeżeli tak, proszę opisać przedsięwzięte środki”.

4) Jak wskazuje przy tym pismo Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 02.11.2022 r. pn. „Kara umowna w kontekście przesłanki wykluczenia wykonawcy z powodu nieprawidłowości w realizacji wcześniejszych umów, a sposób wypełnienia JEDZ” : „Należy zatem przyjąć, że kierując się wymogami przejrzystości postępowania, w oświadczeniu składanym na formularzu JEDZ wykonawca powinien poinformować zamawiającego o uprzednich nieprawidłowościach w realizacji umów, przy czym informacja ta powinna być skorelowana z przesłanką wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp (tj. wykluczenie z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, który w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji). Skoro oświadczenie składane jest w związku z przesłanką wykluczenia określoną w ww. przepisie, to uwzględniając treść przepisu, w przywołanej wyżej części formularza JEDZ nie wskazuje się umów, przy których realizacji wystąpiły inne niż określone w art. 109 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp okoliczności”.

5) Wszystkie powyższe okoliczności potwierdzają, że w treści dokumentu JEDZ, w szczególności poszczególnych zadawanych w nim pytań adresowanych do wykonawców, nie można odczytywać ani interpretować w sposób oderwany od całości tego formularza oraz jego funkcji - jako dokumentu służącego potwierdzeniu braku podstaw wykluczenia danego wykonawcy z postępowania na podstawie przesłanek wykluczenia określonych w Prawie zamówień publicznych oraz przewidzianych w danym postępowaniu przez zamawiającego. Przytaczane przez Odwołującego pytanie z JEDZ odnosi się zatem wyłącznie do sytuacji, w których wobec wykonawcy zaistniała konkretna przesłanka wykluczenia sformułowana w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Nie jest to natomiast pytanie o charakterze abstrakcyjnym, odnoszącym się do wszelkich innych przypadków przebiegu realizacji przeszłych umów o zamówienie publiczne. Wykonawca wypełniając JEDZ zobowiązany jest zatem udzielić odpowiedzi twierdzącej na powoływane przez Odwołującego pytanie wyłącznie w sytuacji, w której istotnie ziściłyby się wobec niego wszystkie przesłanki zastosowania art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp. Tymczasem, o czym szerzej w dalszej części niniejszego pisma oraz co będzie przedmiotem dalszej argumentacji w toku postępowania odwoławczego, wobec Przystępującego nie wystąpiły okoliczności opisane art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp i tym samym prawidłowo, zgodnie z rzeczywistością, wypełnił on

formularz JEDZ zaznaczając odpowiedź „NIE” w odniesieniu do pytania przytaczanego przez Odwołującego.

6) Powyższe stanowisko potwierdza również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej i sądów - przykładowo:

a) wyrok Sądu Okręgowego w Nowym Sączu z dnia 27.05.2020 r. (III Ca 252/20): „Wprowadzenie zamawiającego w błąd musi być zaś wynikiem podania nieprawdziwych informacji związanych z przesłankami wykluczenia wykonawcy z postępowania. W ocenie Sądu Okręgowego wymóg zaznaczenia opcji «TAK» przy analizowanym pytaniu (...) powstawał zatem w sytuacji zmaterializowania się przesłanki wykluczenia wykonawcy”;

b) wyrok KIO z dnia 22.09.2020 r. (KIO 2094/20): „Izba wyraża pogląd, iż formularz JEDZ nie może być w ten sposób interpretowany, iż kreuje nowe przesłanki wykluczenia, które nie zostały wyspecyfikowane przez Zamawiającego w SIWZ. Skoro więc Zamawiający określił przesłankę wykluczenia w pkt 8.2 ppkt 4 SIWZ w ten sposób, iż obejmowała ona swoim zakresem rozwiązanie umowy z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, to wypełniając JEDZ Odwołujący miał prawo przyjąć, iż wymóg podania informacji dotyczących wcześniejszego rozwiązania umowy dotyczy sytuacji, w której rozwiązanie to nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy. Takie założenia potwierdza również odesłanie przez samego Zamawiającego w treści SIWZ do Instrukcji wypełnienia JEDZ opublikowanej na stronie Urzędu Zamówień Publicznych. (...) Nie ulega wątpliwości, że ustawodawca europejski umożliwia zastosowanie wobec wykonawców fakultatywnych podstaw wykluczenia. Takie podstawy wykluczenia muszą wynikać ze SIWZ. Wykonawca zaś wypełniając formularz JEDZ nie czyni tego w oderwaniu od konkretnego postępowania przetargowego, ale właśnie w konkretnym postępowaniu przetargowym, odnosząc zapisy formularza JEDZ do zapisów SIWZ dotyczących sprecyzowanych podstaw wykluczenia wykonawcy z postępowania.”;

c) wyrok z dnia 12.10.2020 r. (KIO 2117/20): „Nie można bowiem twierdzić, że wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego jest zobowiązany wskazywać w treści JEDZ i opisywać każdy przypadek rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia przed czasem, bez względu na przyczyny i okoliczności takiego rozwiązania. Należy bowiem zwrócić uwagę, że część III JEDZ, w której zostało zadane pytanie o przypadki rozwiązania przed czasem wcześniejszych umów, dotyczy "PODSTAW WYKLUCZENIA" z postępowania o udzielenie zamówienia. Oznacza to, że w przedmiotowej części JEDZ powinny być wpisywane takie informacje, które mają jakiegokolwiek znaczenie w kontekście umożliwienia Zamawiającemu dokonania weryfikacji, czy wobec wykonawcy zachodzą przesłanki wykluczenia, określone przez Zamawiającego w SIWZ. (...) Treść

wypełnionego przez wykonawcę JEDZ należy czytać kompleksowo, a nie w oderwaniu od przesłanek wykluczenia określonych w przepisach ustawy Pzp i wskazanych w SIWZ w konkretnym postępowaniu przez konkretnego zamawiającego. W związku z powyższym Zamawiający bezzasadnie przyjął, że zakresem oświadczenia JEDZ jest objęty sam fakt rozwiązania wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, opierając na tym błędnym założeniu wnioski o podaniu przez Odwołującego nieprawdziwych informacji.”.

7) Mając powyższe na uwadze i uwzględniając okoliczności przedmiotowej sprawy, nie jest zasadnym twierdzenie Odwołującego, jakoby Przystępujący wprowadził Zamawiającego w jakimkolwiek zakresie w błąd przy wypełnianiu formularza JEDZ, a tym samym w sprawie niniejszej wobec Przystępującego nie zaistniała podstawa wykluczenia z Postępowania przewidziana w art. 109 ust. 1 pkt 8 lub 10 Pzp. Odwołujący zaś, pomimo spoczywającego na nim w tym zakresie ciężaru dowodu zgodnie z art. 534 ust. 1 Pzp, nie podał obowiązkowi wykazania wystąpienia przedmiotowych okoliczności.

II. Odniesienie do zarzutu zaniechania odrzucenia oferty PESA MM z powodu nienależytego wykonania zamówienia (zarzut naruszenia art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) Pzp w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 16 pkt 1-3 Pzp)

1) Podkreślić należy, że stosownie do art. 534 ust. 1 Pzp, to na Odwołującym spoczywa w przedmiotowej sprawie obowiązek wykazania, że w odniesieniu do PESA MM zaistniały okoliczności opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, tj. Odwołujący zobowiązany był wykazać kumulatywnie, iż: a) z przyczyn leżących po stronie PESA MM;

b) doszło do niewykonania lub nienależytego wykonania w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego;

c) zaś powyższe doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady.

Powyższemu obowiązkowi w zakresie dowiedzenia podnoszonych przezeń zarzutów Odwołujący jednak nie sprostął, zaś Przystępujący konsekwentnie zaprzecza twierdzeniom Odwołującego, jakoby okoliczności związane z realizacją przez PESA MM którejkolwiek z 4 umów wskazanych w treści odwołania odpowiadały przesłankom opisanym w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp.

2) We wniesionym odwołaniu Odwołujący poprzestał jedynie na wskazaniu, iż w odniesieniu do 4 przeszłych umów o zamówienie publiczne realizowanych przez PESA MM,

doszło do naliczenia kar umownych oraz że kary te dotyczyć miały niedotrzymania terminu realizacji zamówienia. Odwołujący nie przedstawił natomiast w tym zakresie w odwołaniu żadnych dalszych szczegółów ani nie podjął żadnej dalszej inicjatywy celem wskazania i wykazania, że w powoływanych przezeń przypadkach wystąpiły wszystkie ww. przesłanki z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp, odnosząc się chociażby do:

- wymiaru i istotności podnoszonego przezeń niedotrzymania terminu realizacji zamówienia;
- wysokości i charakteru naliczonych kar (w tym czy mają one charakter odszkodowania, o którym mowa w art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp);
- przyczyn ich naliczenia;
- podmiotu odpowiedzialnego za wystąpienie danego zdarzenia (w szczególności, czy niewykonanie bądź nienależyte wykonanie danego zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy).

3) Jak wskazuje się w tym zakresie w orzecznictwie w odniesieniu do przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 Pzp:

a) wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z dnia 20.05.2022 r.

(XXIII Zs 22/22): „W świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, zachowującego aktualność w obowiązującym stanie prawnym co do sposobu rozumienia pojęcia „zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa”, jakiegokolwiek uchybienie terminowi i ewentualne naliczenie kar umownych nie kwalifikuje się jednak z automatu jako zamierzone działanie lub rażące niedbalstwo skutkujące niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia (zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 16 sierpnia 2016 r. sygn. akt KIO 1383/16). Tym samym, w ocenie Sądu Okręgowego nie zasługuje na aprobatę argumentacja skarżącego zmierzająca do uznania, iż sam fakt mających miejsce nieprawidłowości oraz odstąpienia od umowy i naliczenia kar umownych przesądza o dopuszczalności zakwalifikowania tychże nieprawidłowości, jako poważnego naruszenia obowiązków zawodowych oraz niewykonania lub nienależytego wykonania istotnego zobowiązania w znacznym stopniu. Zarzut naruszenia przez Izbę art. 109 ust. 1 pkt 5 oraz 7 p.z.p. okazał się zatem niezasadnym.”

b) wyrok KIO z dnia 28.03.2022 r. (KIO 607/22): „Izba zważa, że Odwołujący powołuje się na umowy (kontrakty) zawarte z podmiotami publicznymi, które miały być niewykonane lub nienależycie wykonane, a z których miałyby wynikać roszczenie o zapłatę kar umownych. Odwołujący nie przedstawił jednak w odwołaniu żadnych konkretnych twierdzeń w tym

zakresie. (...) Odnosząc się do powyższego podkreślić należy, że zakres rozstrzygnięcia Izby, zgodnie z art. 555 nowej ustawy Pzp, wyznacza treść odwołania - kwestionowana w nim czynność, oraz przede wszystkim podniesione zarzuty. Zgodnie z treścią tego przepisu, Izba nie może orzekać co do zarzutów, które nie były zawarte w odwołaniu. Zatem zarzuty odwołania muszą być skonkretyzowane, a Izba nie może wyznaczać ich granic z zastępstwem Odwołującego. Niewystarczające jest określenie w odwołaniu czynności lub zaniechania Zamawiającego i wskazanie kwalifikacji prawnej, treść i zakres zarzutu wyznaczają bowiem okoliczności faktyczne, w których Odwołujący upatruje niezgodności z przepisami ustawy.

Zgodnie z treścią art. 516 ust. 1 nowej ustawy Pzp, odwołanie powinno wskazywać m.in. wskazanie czynności lub zaniechania czynności zamawiającego, której zarzuca się niezgodność z przepisami ustawy, zawierać zwięzłe przedstawienie zarzutów, określać żądanie oraz wskazywać okoliczności faktycznych i prawnych uzasadniających wniesienie odwołania oraz dowodów na poparcie przytoczonych okoliczności.

Powyższe oznacza, że odwołanie powinno konkretyzować postawiony zarzut, zawierać wskazanie okoliczności faktycznych, które uzasadniają stawianie Zamawiającemu wyartykułowanych w odwołaniu zastrzeżeń. Jak wskazano w uzasadnieniu wyroku Sądu Okręgowego w Gliwicach z 29 czerwca 2009 r. sygn. akt. X Ga 110/09, o tym jakie twierdzenia lub zarzuty podnosi strona w postępowaniu nie przesądza proponowana przez nią kwalifikacja prawna, ale okoliczności faktyczne wskazane przez tę stronę. Jeśli więc strona nie odwołuje się do konkretnych okoliczności faktycznych, to skład orzekający nie może samodzielnie ich wprowadzić do postępowania tylko dlatego, że można je przyporządkować określonej, wskazanej w odwołaniu kwalifikacji prawnej. W powyższym wyroku Sąd Okręgowy wskazał, że granice rozpoznania sprawy przez zarówno KIO, jak i Sąd, są ściśle określone przez zarzuty odwołania, oparte na konkretnej i precyzyjnej podstawie faktycznej. (...)

Tym samym Odwołujący był zobowiązany wskazać w odwołaniu nie tylko podstawę prawną zarzutów, ale też co istotne, okoliczności faktyczne, na których te zarzuty opiera. Tylko tak sformułowane zarzuty umożliwiają stronie przeciwnej jakąkolwiek weryfikację ich zasadności oraz należyte przygotowanie swojego stanowiska procesowego. Jednocześnie wskazać należy, że nie jest dopuszczalne uzupełnianie podstaw faktycznych zarzutów dopiero w toku postępowania odwoławczego, pod pozorem przedstawiania dowodów. Zatem twierdzenia przedstawione dopiero w piśmie procesowym Odwołującego należy uznać za spóźnione.

Tym samym zdaniem Izby Odwołujący nie sformułował zarzutów odwołania w sposób umożliwiający weryfikację ich zasadności i już tylko z tego powodu należy uznać, że odwołanie nie mogło podlegać uwzględnieniu. W związku z tym bezprzedmiotowe było

dokonywanie przez Izbę oceny, czy określone zdarzenia, które miały miejsce w toku wykonywania umów przez Przystępującego (jak np. zapłata kar umownych) wypełniały ustawowe przesłanki wykluczenia z postępowania. Izba nie może bowiem, działając z urzędu, ustalać zakresu faktycznego zarzutów, nie może też badać okoliczności faktycznych, które nie były podstawą zarzutów odwołania, a zostały określone dopiero po upływie terminu na jego wniesienie.”

4) W świetle powyższych okoliczności, przedmiotowy zarzut nie zasługuje na uwzględnienie.

III. Odniesienie do zarzutu dot. zaoferowania rażąco niskiej ceny za realizację zamówienia oraz złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i zaniechania wezwania Przystępującego przez Zamawiającego do złożenia wyjaśnień w zakresie zaoferowanej ceny (zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp w zw. art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp, art. 226 ust. 1 pkt 7 Pzp w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zarzut ewentualny naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 Pzp w zw. z art. 224 ust. 1 Pzp)

1) W Postępowaniu nie ziściła się żadna z przesłanek przewidzianych w art. 224 ust. 2 Pzp, która skutkowałaby obowiązkiem wszczęcia przez Zamawiającego procedury wyjaśnień rażąco niskiej ceny. Zamawiający w toku Postępowania nie powziął również żadnych wątpliwości co do rynkowości i prawidłowości ceny zaoferowanej przez Przystępującego.

2) W świetle powyższych okoliczności, to na Odwołującym spoczywał obowiązek skonkretyzowania w odwołaniu, w jakim zakresie oferta Przystępującego miałaby być obciążona podejrzeniem rażąco niskiej ceny i w zakresie jakiego konkretnie elementu wyceny oraz dlaczego Zamawiający winien był powziąć uzasadnione wątpliwości i wezwać Przystępującego do złożenia w tym zakresie wyjaśnień. Jak wskazuje się w orzecznictwie KIO:

a) wyrok KIO z dnia 21.01.2019 r., KIO 2617/18: „Z przepisu art. 190 ust. 1a [obecnie art. 537 Pzp – przyp. wł.] ustawy Pzp wynika, że w postępowaniu odwoławczym ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy, który złożył ofertę lub na zamawiającym, jeżeli wykonawca nie jest uczestnikiem postępowania odwoławczego. Ustalony w ten sposób ciężar dowodu nie zwalnia jednak odwołującego, który podnosi okoliczności rażąco niskiej ceny, od obowiązku wykazania i udowodnienia okoliczności, które czyni podstawą zarzutu rażąco niskiej ceny, zgodnie z art. 190 ust. 1 ustawy Pzp, zwłaszcza w sytuacji, gdy zamawiający nie miał wątpliwości co do realności ceny oferty (wyrok z dnia 13 kwietnia 2016 r. sygn. akt KIO 447/16). Przepis art. 190 ust. 1a ustawy Pzp nie może być rozumiany w ten sposób, że odwołujący może poprzestać na

samych twierdzeniach i przerzucić na uczestnika postępowania / zamawiającego ciężar dowodowy (wyrok z dnia 29 lutego 2016 r. sygn. akt KIO 198/16, podobnie w wyrokach: z dnia 15 kwietnia 2016 r. sygn. akt 474/16, z dnia 18 lipca 2016 r. sygn. akt KIO 1170/16, KIO 1172/16, KIO 1173/16).”;

b) wyrok KIO z dnia 09.02.2015 r., KIO 166/15: „Ustawodawca w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia unormował wyłącznie sytuację, w której wykonawca został wezwany przez zamawiającego do udzielenia wyjaśnień, w ślad za ugruntowaną praktyką stwierdzając w art. 90 ust. 2 Pzp [obecnie art. 224 ust. 5 Pzp – przyp. wł.], iż obowiązek wykazania, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny spoczywa na wykonawcy. Taka sama reguła ustalona została w postępowaniu odwoławczym w art. 190 ust. 1 a pkt 1 Pzp [obecnie art. 537 Pzp – przyp. wł.] stanowiącym, iż ciężar dowodu, że oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny, spoczywa na wykonawcy. Dostrzec jednak należy, że sytuacja w której zamawiający nie wystąpił o wyjaśnienia ceny oferty nie została objęta powołanymi regulacjami. W art. 90 ust. 1 Pzp [obecnie art. 224 ust. 1 Pzp] ustawodawca wskazał jedynie taksatywnie, kiedy zamawiający powinien zwrócić się o wyjaśnienia elementów oferty mających wpływ na jej cenę. W takiej sytuacji, przedmiotem sporu w postępowaniu odwoławczym może być to jedynie, czy istnieją wątpliwości co do rzetelności ceny oferty, a ciężar dowodu co do okoliczności wskazujących, że zamawiający powinien dokonać czynności wezwania do wyjaśnień spoczywa na wykonawcy, który dokonania tej czynności się domaga, w okolicznościach sprawy na odwołującym. Zastosowanie znajdzie bowiem nie regulacja szczególna ustalona w art. 190 ust. 1a Pzp, lecz klasyczna zasada rozkładu ciężaru dowodu wskazana w art. 190 ust. 1 Pzp w ślad za art. 6 k.c. Art. 190 ust. 1a Pzp odnosi się przedmiotowo do sytuacji, gdy badanie ceny oferty zostało już dokonane i kwestionowane są wyłącznie jej wyniki.”

3) Tym obowiązkom Odwołujący jednak nie podołał, zaś podniesione przezeń twierdzenia co do rzekomej zaniżonej i nierynkowej ceny zaoferowanej przez Przystępującego za realizację zamówienia mają wyłącznie charakter ogólnikowy, nieskonkretyzowany i budowany o własne projekcje, wyobrażenia i założenia Odwołującego, nieadekwatne dla Przystępującego, bądź wręcz niezgodne z treścią dokumentacji Postępowania.

4) Podkreślić należy, że w treści odwołania Przystępujący objął zakresem ww. zarzutu wyłącznie okoliczności dotyczące realizacji przez Przystępującego obowiązków wynikających z udzielonej gwarancji jakości i rękojmi w okresie 60 miesięcy od podpisania protokołu odbioru końcowego poszczególnych pojazdów, nie zaś okoliczności dotyczące

wykonania czynności czwartego poziomu utrzymania (tzw. P4) dla pojazdów. Tym samym, stosownie do art. 555 Pzp Odwołujący nie jest uprawniony na obecnym etapie postępowania do modyfikacji (rozszerzania) podstawy faktycznej sformułowanego zarzutu. Podobnie, wobec braku sformułowania takiego zarzutu w treści odwołania, Odwołujący nie jest na obecnym etapie postępowania uprawniony do kwestionowania dokonanego przez Zamawiającego oszacowania wartości zamówienia – co powoduje, że twierdzenia Odwołującego podniesione w przedmiotowym zakresie w piśmie z dnia 15.02.2023 r. winny zostać pominięte przez Izbę przy rozpoznaniu niniejszej sprawy.

5) Przystępujący wskazuje, że wbrew twierdzeniom Odwołującego, uwzględnił i skalkulował w złożonej ofercie wszystkie koszty realizacji zamówienia (w tym zwłaszcza koszty wynikające z zaoferowania 60-miesięcznego okres gwarancji i rozszerzonej rękojmi za wady), wymagane warunkami zamówienia, uwzględniając właściwe założenia, uwarunkowania i obowiązujące Przystępującego ceny i koszty.

6) Za bezpodstawny należy tym samym uznać podniesiony przez Odwołującego zarzut, jakoby oferta Przystępującego została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji i naruszenia dobrych obyczajów, w tym by prowadziła ona do utrudnienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku. Należy bowiem wyraźnie odróżnić sytuację dopuszczenia się czynu nieuczciwej konkurencji od zaistniałego w niniejszym Postępowaniu normalnego elementu gospodarki rynkowej, jakim jest posiadanie przez danego wykonawcę przewagi konkurencyjnej.

7) Odniesienie do zarzutów naruszenia zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, dokonania wadliwej czynności oceny oferty PESA MM oraz nieprawidłowego dokonania przez Zamawiającego wyboru oferty PESA MM jako najkorzystniejszej i nie dokonania wyboru oferty Odwołującego (zarzuty naruszenia art. 16 pkt 1-3 Pzp, art. 239 ust. 1 Pzp oraz art. 239 ust. 2)

1) Przedmiotowe zarzuty, poza ich ogólnikowym powołaniem na str. 2 odwołania, nie zostały przez Odwołującego w żaden sposób rozwinięte w sposób odrębny nie zostały, a tym samym nie mogą one stanowić odrębnej podstawy rozpoznania przez Izbę.

2) Tym samym, wobec niepotwierdzenia któregośkolwiek z pozostałych zarzutów sformułowanych przez Odwołującego, również ww. zarzuty uznać należy za bezpodstawne.

Mając powyższe na uwadze, odwołanie winno zostać oddalone w całości.

PISMO ZAMAWIAJĄCEGO z dnia 22 lutego 2023r.

Działając w imieniu Województwa Wielkopolskiego z siedzibą Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego w Poznaniu (dalej „Zamawiający”, „Województwo”), w oparciu o udzielone pełnomocnictwo (w aktach sprawy), niniejszym przedstawiam stanowisko Zamawiającego w sprawie:

1. Zamawiający wnosi o oddalenie odwołania w całości.
2. Wnoszę o zasądzenie na rzecz Zamawiającego kosztów postępowania odwoławczego.
3. Oświadczam, że niniejsza odpowiedź na Odwołanie została przekazana Odwołującemu oraz Przystępującemu do sprawy - na podane przez nich adresy poczty elektronicznej.

UZASADNIENIE

„Zarzuty z grupy A”

1. Nie sposób zgodzić się ze stanowiskiem Odwołującego, jakoby opisane przez niego sytuacje, w których na Przystępującego nałożono kary umowne, spełniały warunki opisane w art. 109 ust. 1 pkt 7, 8 i 10 pzp. W ocenie Zamawiającego zarówno twierdzenia samego Odwołującego, jak i ujawniony w postępowaniu materiał dowodowy nie wskazują na to, aby Przystępujący nie ujawnił istotnych dla sprawy okoliczności związanych z uprzednim nałożeniem na niego kar umownych.
2. Zamawiający pragnie zaakcentować specyfikę rynku kolejowych przewozów pasażerskich, którego dotyczy przedmiotowe zamówienie, a bez której trudno zrozumieć istotę sprawy. Na rynku tym występuje kilkunastu głównych zamawiających (podmiotami tymi są niektóre samorządy wojewódzkie i przewoźnicy kolejowi) i kilku wykonawców o wyraźnie zaznaczonej pozycji rynkowej. Do grona takich wykonawców można zaliczyć wszystkie podmioty, które złożyły oferty w spornym postępowaniu. W ocenie Zamawiającego, gdyby rzeczywiście w odniesieniu do Przystępującego zaszły tak istotne, rażące okoliczności, jak te do opisywania których zmierza Odwołujący, to sytuacja ta musiałaby znaleźć odzwierciedlenie co najmniej w negatywnej opinii rynkowej Przystępującego – a Zamawiający nie potwierdza, aby taka zła opinia Przystępującego występowała. Bez

względu bowiem na to, w jaki sposób Przystępujący wypełnił formularz JEDZ w tym albo w poprzednich postępowaniach, niewątpliwie szerokim echem w dość hermetycznym środowisku rynku kolejowego musiałyby się odbić istotne naruszenia obowiązków kontraktowych przez Przystępującego. Miałoby to prawdopodobnie wyraz w przedłużającym się wyłączeniu pojazdów kolejowych z ruchu, co – gdyby miało istotne znaczenie – skutkowałoby zakłóceniami w ruchu lub koniecznością pozyskania przez innych zamawiających dodatkowego taboru. Sytuacje takie, które zdarzają się rzadko, omawiane są w środowisku szeroko, a także spotykają się od razu z publikacjami prasowymi i skargami pasażerów. Według Zamawiającego sytuacje takie nie miały miejsca w odniesieniu do przeglądów pojazdów kolejowych wykonywanych przez Przystępującego.

3. Tym samym, w ocenie Zamawiającego, opisywane przez Przystępującego jednostkowe sytuacje, w których dochodziło do naliczenia Przystępującemu kar umownych, nie mają znaczenia w kontekście całościowej pozytywnej oceny Przystępującego jako podmiotu zdolnego do prawidłowego wykonania procedowanego zamówienia publicznego. Natomiast postulowane przez Odwołującego podejście, zgodnie z którym wykonawcy mieliby być automatycznie eliminowani w sytuacji naliczenia kar umownych, jest niesłuszne, a jego stosowanie w krótkim czasie doprowadziłoby do paraliżu rynku, albowiem zabrakłoby podmiotów zdalnych do wykonania zamówień.

4. Faktem notoryjnym jest, że podczas wykonywania podobnych zamówień dochodzi niekiedy do przekroczenia umownych terminów realizacji. Sam fakt przekroczenia nie może stanowić o podstawie wykluczenia wykonawcy z innych postępowań – musiałoby to być przekroczenie mające charakter kwalifikowany, istotne, mające znaczny negatywny wpływ na sytuację zamawiającego. Również Odwołującemu zdarzało się przy okazji realizacji innych zamówień przekraczać pierwotne terminy realizacji (przykładowo: dostawa tramwajów dla Grudziądza, dostawa tramwajów dla Gdańska). Materiał dowodowy zgromadzony w niniejszej sprawie nie wskazuje na tak istotne zdarzenia w odniesieniu do Przystępującego, szczególnie iż brak jest dowodów na to, że roszczenia zamawiających w zakresie kar umownych nie zostały dobrowolnie zaspokojone przez Przystępującego. Jest to istotny aspekt sprawy, bowiem naliczenia kar umownych nie można oceniać w oderwaniu od reakcji wykonawcy na to zdarzenie.

5. Przechodząc do kwestii naruszenia art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp wskazać należy, że przepis ten nie odnosi się do każdej sytuacji, w której na wykonawcę nałożono kary umowne, a ma zastosowanie jedynie w przypadku kumulatywnego spełnienia ściśle określonych, licznych przesłanek, które należy analizować w sposób szczegółowy i precyzyjny, zarazem popierając stosownymi dowodami – czego Odwołujący w swoich dotychczasowych pismach i

wystąpieniach nie uczynił; odnosząc się w sposób syntetyczny do tego przepisu w kontekście niniejszej sprawy Zamawiający wskazuje, że:

a) naruszenie musi wystąpić „z przyczyn leżących po stronie” wykonawcy; Odwołujący nie wykazał natomiast, że wszystkie kary umowne, do których nawiązuje, zostały nałożone na Przystępującego z przyczyn leżących po jego stronie (mogły to być np. kary umowne za opóźnienie spowodowane działaniem/zaniechaniem podmiotów trzecich); analizowanie kar umownych, co do których Odwołujący nie sprostął ciężarowi dowodu i nie wykazał opisanej wyżej przesłanki jest bezprzedmiotowe;

b) naruszenie musi mieć charakter „długotrwały”; nie chodzi tu więc o każde przekroczenie terminu, ale o takie, które trwa przez długi czas; przesłanki tej na pewno nie spełniają przekroczenia terminów o kilka-kilkanaście dni, a Odwołujący nie podejmuje nawet próby wykazania, jak długi był czas przekroczeń w przypadku Przystępującego i czy spełniał on kryterium długotrwałości;

c) Odwołujący usilnie akcentuje przy tym akurat tę okoliczność, która w ogóle nie stanowi przesłanki wymienionej w art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, mianowicie wysokość kar umownych, i robi to w sposób zbliżający się do manipulacji, albowiem epatuje kwotami nominalnymi kar umownych w oderwaniu od wartości zamówień, które opiewały na wielomilionowe kwoty; Zamawiający na podstawie własnej analizy powszechnie dostępnej dokumentacji postępowań wymienionych przez Odwołującego doszedł do wniosku, że żadna z naliczonych Przystępującemu kar umownych nie przekraczała kilku procent wartości zamówienia, a zatem twierdzenia Odwołującego w zakresie „rażąco” wysokich kar umownych należy uznać za przesadzone i nietrafione;

d) Nawet stosunkowo wysoka kara umowna nie musi przy tym być równoznaczna ze spełnieniem przesłanki „długotrwałości” naruszenia, wysokość kary umownej zależy bowiem w głównej mierze od określonego umownie mechanizmu jej naliczenia; Odwołujący nie podejmuje w tym aspekcie nawet próby wyinterpretowania z dokumentacji wymienionych przez siebie postępowań, jaki był mechanizm naliczania kar umownych na Przystępującego i czy na tej podstawie można przyjąć, że naruszenia miały charakter „długotrwały”; przesłankę „długotrwałego” naruszenia należy zatem uznać za nieudowodnioną;

e) Analizowanie wątku kar umownych w kontekście art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp jest wątpliwe również dlatego, że przepis ten nie odwołuje się wprost do kar umownych, a jedynie do odszkodowania; stawianie znaku równości pomiędzy karą umowną a odszkodowaniem jest przy tym całkowicie nieuprawnione, albowiem po (1) funkcja odszkodowawcza jest jedynie jedną z ról kar umownych (inne to np. rola prewencyjna, motywacyjna, represyjna), po (2) w przypadku zamówień publicznych rola kompensacyjna (odszkodowawcza) kar

umownych bywa często marginalna, a po (3) do naliczenia kar umownych w ogóle nie jest konieczne zaistnienie jakiegokolwiek szkody po stronie wierzyciela (tutaj: zamawiającego) 5; tym samym, aby w ogóle rozważyć zastosowanie w niniejszej sprawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp Odwołujący powinien wykazać, że nałożone na Przystępującego kary umowne miały charakter odszkodowawczy, a tego Odwołujący w najmniejszym nawet stopniu nie zrealizował;

f) Nie sposób przy tym pomijać specyfiki przedmiotu analizowanych zamówień publicznych, tj. przeglądów taboru kolejowego wykorzystywanego do wykonywania przewozów pasażerskich o charakterze użyteczności publicznej; nawet hipotetyczne wyłączenie pojazdu kolejowego z eksploatacji na skutek przedłużającego się o pewien czas przeglądu nie oznacza automatycznie powstania szkody po stronie zamawiającego, albowiem musi on dysponować tzw. rezerwą taborową, która służy właśnie do wykorzystania w takich sytuacjach; dopiero przy znacznie się przedłużającym (przy czym nie chodzi tu o dni ani nawet tygodnie, ale raczej miesiące) wyłączeniu pojazdu z ruchu mogłoby dojść do utrudnień, które zamawiający musiałby rozwiązywać ponosząc koszt awaryjnego pozyskiwania taboru zastępczego; Odwołujący nie wykazał jednak, że tak rażące sytuacje miały miejsce w odniesieniu do opisywanych przez niego kontraktów, a Zamawiający, opierając się na własnej wiedzy rynkowej i doświadczeniu, nie identyfikuje takich zdarzeń w odniesieniu do Przystępującego (a z pewnością byłyby to okoliczności znane na stosunkowo niewielkim rynku kolejowych przewozów pasażerskich);

g) Argumentacja Odwołującego w swojej zasadniczej części opiera się nie tyle o brzmienie przepisu art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, który ma stanowić podstawę prawną zarzutu, ale o analizę formularza JEDZ, co ma charakter wtórny względem przepisów pzp; nie sposób przy tym pominąć, że formularz ma charakter informacyjnego oświadczenia samego wykonawcy, a zatem jego wypełnienie – nawet w nieprawidłowy sposób – nie stanowi w sposób obiektywny o spełnieniu przesłanki wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp; zarazem Zamawiający za trafną uważa argumentację Przystępującego, który wskazując m.in. na brzmienie instrukcji wypełnienia formularza JEDZ słusznie twierdzi, że formularz ten powinien zawierać informacje istotne z punktu widzenia przepisu art. 107 ust. 1 pkt 7 pzp, a nie takie o mniejszym znaczeniu;

h) Powyższa argumentacja Zamawiającego znajduje pełne odzwierciedlenie w orzecznictwie, przykładowo:

□ Oznacza to że nie każde nienależyte wykonanie umowy będzie skutkować zastosowaniem ww. przepisu lecz tylko takie, które wskazuje na nienależyte wykonanie w znacznym stopniu lub zakresie albo długotrwałe nienależyte wykonywanie istotnych

zobowiązań wynikających z umowy, z przyczyn leżących po stronie wykonawcy, które doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady. Zwrócić przy tym uwagę należy, że podstawa wykluczenia jest niezależna od tego, czy niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania wynikającego z wcześniejszej umowy jest zawinione przez wykonawcę. Wykazania jednak wymaga, że niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania nastąpiło z przyczyn leżących po stronie wykonawcy.

□ Natomiast podkreślić należy, że nie każda kara umowna automatycznie będzie mieścić się w katalogu sankcji wskazanych w art. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., lecz jedynie kara mająca charakter odszkodowawczy.

□ Zaistnienie zdarzenia będącego podstawą wykluczenia, o którym mowa w at. 109 ust. 1 pkt 7 p.z.p., wiąże się dla wykonawcy z bardzo dotkliwą karą, jaką jest brak możliwości ubiegania się o udzielenie zamówienia przez okres trzech lat (z zastrzeżeniem uprawnienia wykonawcy do skorzystania z instytucji samooczyszczenia). Sankcyjny charakter omawianych regulacji nakazuje ścisłą ich interpretację, w świetle czego bezwzględnie zakazane jest stosowanie wykładni rozszerzającej.

Zastrzeżenie kary umownej na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie zwalnia dłużnika z obowiązku jej zapłaty w razie wykazania, że wierzyciel nie poniósł szkody. Uchwała SN(7z) z 6.11.2003 r., III CZP 61/03, OSNC 2004, nr 5, poz.

i) Natomiast orzecznictwo przytaczane przez Odwołującego nie przystaje do okoliczności niniejszej sprawy, w szczególności cytowany in extenso w Odwołaniu wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie wydany w sprawie XXIII Ga 469/19 dotyczył innego stanu faktycznego, w którym podstawą wykluczenia wykonawcy nie było naliczenie kar umownych, ale rozwiązanie umowy przed czasem, ponadto wyrok ten został wydany przez opublikowaniem przez Urząd Zamówień Publicznych aktualnej instrukcji wypełnienia formularza JEDZ, na której opierał się Przystępujący w przedmiotowym postępowaniu, a w której wprost wskazano, że w formularzu JEDZ nie należy opisywać naruszeń bagatelnych, co trafnie odnotował Przystępujący w swoim piśmie z dnia 16.02.2023 r.; tym samym zawarta w uzasadnieniu wyroku argumentacja wskazująca na nieprawidłowe zachowanie wykonawcy jest już nieaktualna i nie może znaleźć zastosowania przy ocenie działań Przystępującego;

j) Jedynie na marginesie należy odnotować, że mało konsekwentne są wywody Odwołującego, zdaniem którego z jednej strony Przystępujący uczynił sobie niemalże

taktykę biznesową ze świadomego przyjmowania na siebie sankcji w postaci kar umownych za przekraczanie umownych terminów realizacji umów, a zarazem w ocenie Odwołującego wysokość tych kar umownych jest „drakońska” i w związku z tym powinna podważać stabilność finansową Przystępującego; nie wiadomo więc, czemu taka „taktyka” biznesowa Przystępującego miałyby służyć, bowiem w ocenie Zamawiającego musiałaby ona w krótkim czasie doprowadzić do wyeliminowania Przystępującego z rynku na skutek niewypłacalności;

k) Całkowicie oderwane od normatywnej podstawy zgłoszonego zarzutu są przepełnione emfazą i hiperbolą osądy Odwołującego, jakoby to Przystępujący chciał żyć w przeświadczeniu, że wszystkie kontrakty zrealizował „idealnie”; formułowanie takich argumentów Odwołującego świadczy o całkowitym pomijaniu przez niego, że szeroko już w niniejszym piśmie omówiony art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp nie wymaga, aby kontrakty były realizowane „idealnie”, ale formułuje konkretne, kwalifikowane przesłanki naruszeń fakultatywnego wyłączenia wykonawcy; posługiwanie się takimi pozaprawnymi argumentami przez Odwołującego ma niski walor merytoryczny i nie powinno zostać pozytywnie ocenione przez skład orzekający;

l) Podsumowując ten wątek: argumentacja Odwołującego jest mało konkretna (np. brak analizy przyczyn i mechanizmu naliczenia kar umownych na Przystępującego), opiera się na podawaniu danych wyrwanych z kontekstu (np. wskazywanie wysokości kar umownych bez odniesienia ich do znacznej wartości zamówień), pomijaniu przesłanek wymienionych w ustawie (np. długotrwałość naruszenia) i skupianiu się na przesłankach, których w ustawie nie ma (wysokość kar umownych), przy tym bez podjęcia próby wykazania odszkodowawczego charakteru kar umownych. Przyjęcie poglądów prezentowanych przez Odwołującego skutkowałyby przy tym skrajnie sankcyjnym automatyzmem i wykluczeniem z udziału w postępowaniach wykonawców nawet z powodów bagatelnych, nieskutkujących dla zamawiającego istotnymi ryzykami, co w konsekwencji doprowadziłoby do paraliżu rynku i braku podmiotów zdolnych do wykonania zamówienia.

6. Skoro, jak wykazano powyżej, w odniesieniu do Przystępującego nie zachodziły podstawy do wykluczenia na podstawie art. 109 ust. 1 pkt 7 pzp, to niepodanie przez Przystępującego informacji, które do wykluczenia i tak nie mogły doprowadzić, nie może być kwalifikowane jako podstawa do wykluczenia z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp:

a) Zarzut Odwołującego opiera się na przyjętej przez niego interpretacji prawnej, przy czym przyjęcie przez Przystępującego interpretacji odmiennej, znajdującej oparcie w poglądach doktryny i orzecznictwie, nie może być kwalifikowane jako noszące znamiona zamiaru wprowadzenia zamawiającego w błąd lub rażącego niedbalstwa, a nawet lekkomyślności lub niedbalstwa;

b) Skoro – według Zamawiającego, również w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w niniejszym postępowaniu – Przystępujący nie podlegał wykluczeniu, to nie sposób jest mówić o „wprowadzeniu zamawiającego w błąd” przez Przystępującego odnośnie istnienia przesłanek do jego wykluczenia z postępowania lub „zatajeniu” tego rodzaju informacji;

c) Zamawiający stoi na stanowisku, że opisywane przez Odwołującego okoliczności nie miałyby istotnego wpływu na podejmowane przez Zamawiającego decyzje w postępowaniu, co powoduje, że nie została spełniona kolejna przesłanka z art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 pzp.

„Zarzuty z grupy B”

7. Przechodząc do analizy tzw. „zarzutów z grupy B”, odnoszących się do rzekomo rażącego zaniżenia ceny przez Przystępującego w pierwszej kolejności należy podkreślić, że Odwołujący wiąże ten zarzut jedynie z kwestią gwarancji i rękojmi udzielonej na okres 60 miesięcy, a jeszcze bardziej konkretnie – okresu rękojmi i gwarancji przekraczającego 36 miesięcy. Tym samym Odwołujący nie zgłasza zastrzeżeń do wyceny przez Przystępującego zasadniczego zakresu umowy, który ma przecież charakter dominujący i w głównej mierze to on powinien determinować ocenę zaoferowanej ceny.

8. Bezsporne jest przy tym, że w odniesieniu do oferty złożonej przez Przystępującego nie zachodzi przesłanka określona w art. 224 ust. 2 pkt 1 i 2 pzp. Nie zachodziły więc podstawy do podjęcia czynności wyjaśniających przez Zamawiającego.

9. Zarazem, jak wskazuje się w doktrynie: Rażąco niska cena to taka, która jest nierealistyczna, niewiarygodna w kontekście aktualnej sytuacji rynkowej. Nie wystarczy więc, aby cena zasadniczo odbiegała od wartości zamówienia lub średniej arytmetycznej cen pozostałych ofert złożonych w postępowaniu. Istotne, aby była to cena taka, że przy zachowaniu reguł rynkowych wykonanie umowy przez wykonawcę byłoby nieopłacalne. Musi to być cena rażąco niska w stosunku do konkretnego przedmiotu zamówienia, uwzględniającego specyfikę rynku. W jednym bowiem przypadku kilkunastoprocentowa różnica cenowa pomiędzy złożonymi w postępowaniu ofertami może świadczyć o cenie rażąco niskiej, w innym zaś - wprost przeciwnie, różnice w cenie oferty nawet przekraczające 30% w stosunku do średniej arytmetycznej wszystkich złożonych ofert czy w odniesieniu do szacunkowej wartości zamówienia – mogą być w danych okolicznościach uzasadnione.

10. Zamawiający, również uwzględniając twierdzenia i dowody zgłoszone w niniejszym postępowaniu, podtrzymuje stanowisko, zgodnie z którym nie zachodziły podstawy do badania ceny zaoferowanej przez Przystępującego pod kątem jej rażącego zaniżenia. Cena

ta nie była nierealistyczna, wprost przeciwnie – korelowała z ceną podobnych usług uzyskaną przez innych zamawiających publicznych. Cena ofertowa nie odbiegała też w tak istotny sposób od ceny podanej podczas szacowania wartości zamówienia, przy czym zjawiskiem typowym jest, że podczas szacowania wartości zamówienia wykonawcy podają wartości wyższe, niż podczas składania ofert. Jest to w pewnym sensie naturalne, skoro dopiero na etapie składania ofert wykonawcy konkurują między sobą ceną. Zatem sam fakt, że cena ofertowa była niższa, niż cena szacowana, nie obliguje Zamawiającego do podejmowania czynności wyjaśniających. Mogłoby to być uzasadnione jedynie w przypadku znaczącej różnicy pomiędzy ceną szacowaną a ceną ofertową, co jednak w niniejszej sprawie nie miało miejsca.

11. Jednocześnie Zamawiający zaznacza, że planowane przeglądy P4 nie są pierwszymi tego typu przeglądami, którym mają zostać poddane pojazdy Zamawiającego. Zamawiający posiada zatem doświadczenie w udzielaniu tego typu zamówień, weryfikowaniu prawidłowości złożonych ofert oraz posiada wiedzę niezbędną do oceny, czy dana oferta jest nierealistyczna lub niewiarygodna w odniesieniu do tego typu zamówienia. Takich negatywnych okoliczności Zamawiający w niniejszym postępowaniu nie zidentyfikował.

12. Wobec faktu, że Odwołujący nie zaskarżył sformułowanego w dokumentacji postępowania kryterium oceny ofert obejmującego zakres udzielenia gwarancji i rękojmi do 60 miesięcy, za bezprzedmiotową należy uznać obecnie podnoszoną argumentację Odwołującego, który pośrednio zmierza do zakwestionowania takiego warunku jako naruszającego zasadę równego traktowania wykonawców, czy też mającego jakiś „szczególny” charakter.

13. Odwołujący w obecnie podnoszonych twierdzeniach pomija, że sam zaproponował gwarancję i rękojmię na okres 60 miesięcy, tym samym za rażąco niekonsekwentne należy uznać jego zarzuty kierowane wobec Przystępującego, jak również Zamawiającego. Wobec zaoferowania przez dwóch oferentów gwarancji i rękojmi na okres 60 miesięcy Zamawiający nie miał podstaw do powzięcia wątpliwości co do możliwości prawidłowego wykonania zobowiązania w tym zakresie.

14. Co więcej, jak wynika z materiału dowodowego zgromadzonego w aktach sprawy, 60 miesięczny okres gwarancji i rękojmi nie jest warunkiem odbiegającym od rynkowej normy i był stosowany w wielu podobnych postępowaniach. Tym bardziej więc Zamawiający nie miał podstaw do podejmowania czynności wyjaśniających dotyczących tego elementu oferty Przystępującego.

15. Niekonsekwentne jest zarzucanie przez Odwołującego, że wykonawca oferujący 60 miesięcy gwarancji i rękojmi powinien w jakiś szczególny sposób udowadniać swoją

zdolność do realizacji tego zobowiązania, skoro Odwołujący sam takich dowodów Zamawiającemu nie przedłożył wraz z ofertą. Gdyby było tak, jak twierdzi Odwołujący, to również on już na etapie składania ofert powinien był w sposób szczegółowy i poparty stosownymi dowodami wykazać, że jest zdolny do realizacji zobowiązania w zakresie 60 miesięcznej gwarancji i rękojmi. Odwołujący tego nie uczynił, gdyby więc zastosować do niego jego własną, obecną argumentację, to także złożona przez Odwołującego oferta byłaby wadliwa. Trudno w tym kontekście nie oprzeć się wrażeniu, że Odwołujący, będąc po prostu niezadowolonym z wyniku postępowania, kreuje sztuczne argumenty zmierzające nie tyle do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania, co pozbawienia konkurenta możliwości realizacji zamówienia.

16. Zdecydowanie dziwi podnoszenie przez Odwołującego argumentu, że cena zaoferowana przez Przystępującego była niższa od ceny szacowanej, skoro to w odniesieniu do Odwołującego różnica pomiędzy tymi wartościami była zdecydowanie wyższa:

Zakres	PESA Mińsk Mazowiecki	Konsorcjum Modertrans i PTS
Cena szacowana brutto / 1 pojazd		
P4	4.059.000,00 zł	4.797.000,00 zł
Prace dodatkowe	2.159.880,00 zł	3.963.060,00 zł
Suma	6.218.880,00 zł	8.760.060,00 zł
Cena z oferty brutto / 1 pojazd		
P4 +		
prace dodatkowe	5.224.999,00 zł	6.638.310,00 zł
Różnica pomiędzy ceną szacowaną a ofertową		
	993.881,00 zł	2.121.750,00 zł

Źródło: opracowanie własne Zamawiającego / dokumentacja postępowania

Z powyższego wynika, że to raczej Odwołujący w sposób nieadekwatny obliczył cenę albo szacowaną, znacznie ją zawyżając, albo zaniżył cenę ofertową, skoro była ona tak istotnie niższa od ceny szacowanej. W każdym razie w konfrontacji z konkretnymi liczbami zarzuty Odwołującego dotyczące różnicy pomiędzy ceną szacowaną przez Przystępującego, a ceną ofertową, są całkowicie chybione.

17. Jednocześnie cena zaoferowana przez Przystępującego odpowiadała wartościom rynkowym, w odróżnieniu od ceny szacowanej i ceny zaoferowanej przez Odwołującego.

Zamawiający do szacowania wartości zamówienia przyjął oferty złożone w postępowaniach organizowanych przez:

a) Koleje Mazowieckie sp. z o.o. (otwarcie ofert 11.10.2021 r.), w którym cena brutto za przegląd P4 w przeliczeniu na pojazd tego samego typu, jak objęty przedmiotowym postępowaniem wyniosła 3.694.428,00 zł brutto; argumentacja Odwołującego wskazująca na nieadekwatność posługiwania się tą ceną przez Zamawiającego nie jest słuszna, albowiem po (1) Odwołujący nie dowiódł, jaki wskaźnik inflacji występuje w odniesieniu do tego rodzaju postępowań, po (2) Zamawiający do szacunku przyjął wartość wyższą, niż we wskazanym postępowaniu Kolei Mazowieckich sp. z o.o., a nie wartość tożsamą albo niższą;

b) Województwo Lubuskie (otwarcie ofert 22.09.2022 r.), w którym cena brutto za przegląd P4 została określona na 3.677.700,00 zł brutto; postępowanie to co prawda dotyczyło pojazdu innego producenta, jednak w ocenie Zamawiającego w zakresie przeglądów P4 rodzaj pojazdów nie ma znaczenia kluczowego, powodującego, że cena miałyby się diametralnie różnić, przy czym oba rozważane typy pojazdów mają zbliżone parametry; zarazem należy uwzględnić, że zamówienie udzielone przez Województwo Lubuskie dotyczyło tylko pojedynczego pojazdu, co – zgodnie z zasadami doświadczenia życiowego – nakazuje przyjęcie, że w postępowaniu dotyczącym kilkudziesięciu pojazdów cena jednostkowa byłaby niższa.

18. Niesłuszne są przy tym argumenty Odwołującego, jakoby Zamawiający powinien powziąć wątpliwości odnośnie ceny w związku z zaoferowaniem przez Przystępującego ceny niższej niż szacowana, przy jednoczesnym zaoferowaniu dłuższego okresu gwarancji i rękojmi (zamiast 18 miesięcy – 60 miesięcy). W pierwszej kolejności należy podkreślić, że sam Odwołujący, który również zaoferował gwarancję i rękojmię na okres 60 miesięcy, złożył ofertę zdecydowanie niższą, niż wcześniej szacowana przez niego cena. Zamawiający nie miał więc podstaw do powzięcia wątpliwości odnośnie tego, że cena zaoferowana może być niższa od szacowanej nawet w sytuacji zaoferowania 60 miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi. Po drugie, różnica pomiędzy ceną zaoferowaną przez Odwołującego i Przystępującego jest tak duża (w odniesieniu do wartości całego zamówienia – ponad 30.000.000,00 zł), że w żaden sposób nie można tego uzasadnić różnicą w wycenie gwarancji i rękojmi na okres 60, a nie 36 miesięcy. Zaakceptowanie obecnej argumentacji Odwołującego byłoby równoznaczne z przyjęciem, że dodatkowe 24 miesiące ochrony gwarancyjnej i z tytułu rękojmi powinno kosztować Zamawiającego ponad 30.000.000,00 zł, co jest wartością całkowicie nieadekwatną i zawyżoną (raz jeszcze należy przypomnieć – Odwołujący nie kwestionuje wyceny zakresu podstawowego umowy, a zatem jego zdaniem różnice w cenie mają wynikać jedynie z obowiązku zapewnienia 60 miesięcznego, a nie 36

miesięcznego okresu gwarancji i rękojmi). Tym samym Zamawiający nie miał i nadal nie ma żadnych podstaw do racjonalnego przyjęcia, że oferta Przystępującego była rażąco zaniżona.

19. Analiza danych dotyczących szacowania wartości zamówienia pozwala przyjąć, że w rzeczywistości różnica w wycenach wynikała przede wszystkim z wyceny prac dodatkowych, tutaj bowiem ujawniły się najdalej idące rozbieżności pomiędzy poszczególnymi podmiotami. Tym samym obecnie podnoszone przez Odwołującego twierdzenia dotyczące wyłącznie kwestii związanych z gwarancją i rękojmią są oderwane od realiów sprawy.

20. Cena zaoferowana przez Przystępującego tym bardziej nie budziła wątpliwości Zamawiającego, że Przystępujący należy do grupy kapitałowej producenta pojazdu, co uzasadnia domniemanie, że Przystępujący ma dostęp do infrastruktury naprawczej, części, specjalistycznych usług i szeroko pojętego know-how w zakresie obsługi tego typu pojazdów.

21. W kontekście relacji korporacyjnych Przystępującego z producentem pojazdów nie budziła również wątpliwości możliwość zapewnienia przez Przystępującego gwarancji i rękojmi na okres 60 miesięcy. Jeśli bowiem podmiot z grupy kapitałowej producenta pojazdu miałby nie być w stanie wykonać takiego zobowiązania, to żaden inny wykonawca temu obowiązkowi by nie podołał, w tym również Odwołujący – który wszak w ofercie wskazał termin 60 miesięcy. Zasadne jest przyjęcie przez Zamawiającego, że Przystępujący dysponuje odpowiednimi powiązaniem biznesowymi i kontraktowymi, które umożliwią mu zapewnienie gwarancji i rękojmi w wymaganym zakresie. W tym świetle całkowicie nieadekwatna jest retoryka Odwołującego, który na rozprawie sugerował, iż Przystępujący nabywa części „pokątnie”.

22. Odwołujący w swojej argumentacji skupia się na kwestiach technicznych, podaje nazwy producentów, części itd., jednak nie wiąże ich z konkretnymi postanowieniami dokumentacji postępowania, z których miałyby wynikać obowiązki, których zdaniem Odwołującego nie będzie w stanie wykonać Przystępujący.

23. Zamawiający nie widzi przy tym żadnych przeszkód, aby wykonawca zamawiał części i usługi potrzebne do wykonania przedmiotu zamówienia, w tym w zakresie gwarancji i rękojmi, u różnych dostawców. Zamawiający nie formułował w dokumentacji postępowania warunku pozyskiwania przez wykonawcę komponentów u konkretnych ich dystrybutorów.

24. Całkowicie niezrozumiałe są twierdzenia Odwołującego dotyczące gwarancji na dokumentację, gdyż argumentacja Odwołującego w ogóle nie koreluje z treścią dokumentacji przetargowej, w tym PPU, w których w § 5 wskazano, jakiej konkretnie dokumentacji dotyczy gwarancja i że chodzi o dokumentację, którą ma sporządzić wykonawca zamówienia, a nie,

którą mają dostarczyć podmioty trzecie (np. dostawcy części). Zamawiający podkreśla przy tym, że posiada dokumentację pojazdów dostarczoną mu przez producenta pojazdów oraz sporządzoną podczas pierwszych przeglądów klasy P4, nie jest zatem tak, jak próbuje to opisać Odwołujący, jakoby istniało ryzyko, że Zamawiający zostanie pozbawiony dokumentacji pojazdów.

Uwzględniając powyższe zamawiający wnosi jak na wstępie, czyli o oddalenie odwołania w całości.

Krajowa Izba Odwoławcza ustaliła i zważyła

Na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego w sprawie oraz rozważając argumentację faktyczną i prawną prezentowaną przez strony i uczestnika w tym przywoływane orzecznictwo, jak i doktrynę oraz obowiązujące przepisy ustawy PZP/PZP, Izba oddaliła odwołanie w całości.

Na wstępie Izba przywołuje przedmiot zamówienia to jest postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego pod nazwą „Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania dla 22 Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych serii EN76” Nr sprawy: DT-11.272.3.2022.

Numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym UE: 2022/ S 223-637065 z dnia 18/11/2022.

Co do terminu i prawidłowości wniesionego odwołania, Izba nie stwierdza naruszeń po stronie odwołującego, który zachował 10 - dniowy termin na wniesienie odwołania oraz powiadomił przed upływem tego terminu zamawiającego o wniesionym odwołaniu.

Odwołujący wniósł odwołanie w związku z zaniechaniem przez zamawiającego odrzucenia oferty wykonawcy wybranego to jest przystępującego w sprawie po stronie zamawiającego/ PESA Mińsk Mazowiecki S.A., w sytuacji wystąpienia przesłanek wykluczenia opisanych w art.109 ust.1 pkt 7, 8 i 10 ustawy PZP w zw. z art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP, zgodnie z ogłoszeniem o zamówieniu jak i postanowieniami SWZ, w zakresie fakultatywnych przesłanek wykluczenia z postępowania, na mocy art.109 ust. 2 ustawy PZP, a także naruszeniem art. 226 ust.1 pkt 7 ustawy PZP czyli oferty, której złożenie stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W każdej z tych podstaw do odrzucenia oferty wykonawcy wybranego czyli z powodu

wykluczenia oraz czynu nieuczciwej konkurencji, odwołujący podnosi naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych wynikających art. 16 ustawy PZP czyli uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Jako podstawę wniesionego odwołania, odwołujący przywołał naruszenie przez zamawiającego następujących przepisów ustawy PZP:

1. art. 16 pkt 1-3 PZP tj. zasady równego traktowania wykonawców oraz prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób, który utrudnia uczciwą konkurencję oraz równe traktowanie wykonawców, w konsekwencji naruszenie także zasady przejrzystości i proporcjonalności,
2. art. 239 ust. 1 ustawy PZP przez dokonanie wadliwej czynności oceny oferty przystępującego po stronie zamawiającego czyli wykonawcy wybranego
3. art. 239 ust. 2 ustawy PZP przez dokonanie wyboru oferty przystępującego jako oferty najkorzystniejszej oraz zaniechanie wyboru oferty odwołującego jako oferty najkorzystniejszej.

Odwołujący zarzuty odwołania podzielił na dwie części nazywając je jako: zestaw A (co do podstaw wykluczenia) i zestaw B (co do naruszenia uczciwej konkurencji w tym podejrzenia rażąco niskiej ceny).

W zakresie zestawu A odwołujący zarzuty oparł o następujące przepisy:

4. naruszenie art. 109 ust. 1 pkt 8 i 10 w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego, który podlega wykluczeniu z postępowania, gdyż w wyniku zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa wprowadził zamawiającego w błąd przy przedstawieniu informacji, że nie podlega wykluczeniu z postępowania lub co najmniej w wyniku lekkomyślności lub niedbalstwa przedstawił informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, a które to informacje mają istotny wpływ na podejmowane przez zamawiającego decyzje w zakresie wykluczenia z postępowania — wykonawca nie przyznał, że znajduje się w sytuacji, w której z przyczyn po jego stronie nie wykonał oraz nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z umowy w sprawie zamówienia publicznego na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o., co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) oraz nie przyznał, że analogiczne podstawy wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zawartej z Kolejami Małopolskimi sp. z o.o. — w tym

przypadku doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych) oraz w stosunku do Kolei Mazowieckich sp. z o.o.

5. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 2 lit. a) PZP w zw. z art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 16 pkt 1-3 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty złożonej przez wykonawcę wybranego pomimo, że wykonawca ten podlega wykluczeniu, gdyż z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nienależycie wykonał i długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, co doprowadziło do odszkodowania (kar umownych) umowa na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o., jak również analogiczne podstawy wykluczenia zaistniały w odniesieniu do umowy zawartej z Kolejami Małopolskimi - doszło do odszkodowania (naliczenia kar umownych), oraz w stosunku do Kolei Mazowieckich sp. z o.o., zaś wykonawca ten nie wykazał swojej rzetelności zgodnie z art. 110 ust. 2 PZP, ani nie występuje sytuacja, w której wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne.

Izba w tym miejscu, streszczając podniesione zarzuty, co do wypełnienia podstaw wykluczenia wykonawcy wybranego stwierdza jak poniżej. W ocenie odwołującego, wykonawca wybrany składając ofertę wprowadził zamawiającego w błąd przedstawiając informacje, że nie podlega wykluczeniu i to spełniając jednocześnie szereg warunków do wykluczenia jak: zamierzone działanie, rażące niedbalstwo, lekkomyślność, niedbalstwo. Powyższe uchybienia przy przedstawieniu informacji zamawiającemu związane są z wykonywaniem umów na rzecz Szybkiej Kolei Miejskiej sp. z o.o. (2 umowy), Kolei Małopolskich sp. z o.o. (1 umowa) i Kolei Mazowieckich (1 umowa), wykonywanych w latach 2019 - 2020. Nieprawdziwe informacje wiążą się z nie poinformowaniem zamawiającego o naliczeniu kar umownych w związku z nie dotrzymaniem terminu wykonania umów, a co w ocenie odwołującego jest równoznaczne z wystąpieniem odszkodowania, a w konsekwencji wyczerpaniem dyspozycji art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP. W konsekwencji według odwołującego, zamawiający powinien odrzucić ofertę wykonawcy wybranego, ponieważ wykonawca ten podlega wykluczeniu na mocy art. 226 ust.1 pkt 2 lit. a) ustawy PZP. Reasumując w ocenie odwołującego, wykonawca wybrany przedstawił zamawiającemu nieprawdziwe informacje o przebiegu poprzednio wykonywanych umów, co miało wpływ na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej.

W zakresie zestawu B odwołujący zarzuty oparł o następujące przepisy:

6. zarzut naruszenia art. 16 pkt 1-3 PZP w zw. z art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA, w sytuacji, gdy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, co stanowi czyn nieuczciwej konkurencji w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;

7. naruszenie art. 226 ust. 1 pkt 7 PZP w zw. z art. 3 ust. 1 i art. 15 ust. 1 pkt 1 i 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy wybranego albowiem jego oferta została złożona w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji polegającego na ust.1) pkt 1) sprzedaży towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców; pkt 5) wymuszaniu na klientach wyboru określonego kontrahenta oraz wymuszaniu zakupu u określonego przedsiębiorcy;

8. ewentualnie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez zaniechanie wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego.

Izba w tym miejscu streszczając podniesione zarzuty odwołania stwierdza jak poniżej. Odwołujący stawia zarzut złożenia oferty w warunkach czynu nieuczciwej konkurencji przez zaniżenie wyceny zamówienia w celu eliminacji innych wykonawców oraz wymuszania tym czynem przez wykonawcę wybranego zawarcia umowy z zamawiającym, powołując się na art.226 ust.1 pkt 7 ustawy PZP, w związku z art. 3 ust.1 i art.15 ust.1 pkt 1 i 5 u.z.n.k. (ustawa z dnia 16 kwietnia 1993r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji Dz.U. z 1993r. Nr 47, poz.211 z późn.zm.). Alternatywnie w przypadku nie stwierdzenia czynu nieuczciwej konkurencji przez Izbę, odwołujący domaga się, nakazania przez Izbę, wezwania przez zamawiającego wykonawcy wybranego do wyjaśnienia ceny w tym jej istotnych elementów oferty, na podstawie art.224 ust.1 ustawy PZP.

W konsekwencji powyższych zarzutów, odwołujący domaga się nakazania przez Izbę zamawiającemu ponownej oceny merytorycznej oferty wykonawcy wybranego/przystępującego/PESA Mińsk Mazowiecki i w wyniku tej oceny odrzucenia oferty na podstawie zarzutów z grupy A i zarzutów z grupy B.

Natomiast z najdalej idącej ostrożności gdyby Izba uznała, że oferta ta nie podlega odrzuceniu to odwołujący zgłasza żądanie alternatywne aby nakazać zamawiającemu ponowną ocenę ofert i wezwać przystępującego do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Podkreślenia również wymaga, że odwołujący niemal każdy z zarzutów wspiera naruszeniem zasad PZP wymienionych w art.16 pkt 1-3 ustawy PZP to jest zapewnieniem zachowania uczciwej konkurencji oraz równego traktowania wykonawców (pkt1), przejrzystości (pkt2) i proporcjonalności (pkt3).

Odwołujący domagając się uwzględnienia odwołania powołuje się na interes w uzyskaniu zamówienia, ponieważ w przypadku odrzucenia oferty wykonawcy wybranego/przystępującego ma szanse na wybór jego oferty jako najkorzystniejszej, co wyczerpuje przesłanki umożliwiające złożenie odwołania w myśl art.505 ustawy PZP.

Izba kierując sprawę do rozpoznania na rozprawie, także nie stwierdza podstaw do odrzucenia odwołania, kierując się przesłankami art.530 w związku z art.528 ustawy PZP.

Na rozprawie Izba przeprowadziła postępowanie dowodowe, w związku z zgłoszonymi dowodami w sprawie przez odwołującego i przystępującego.

Przy czym Izba uwzględniła wnioski zarówno odwołującego, jak i przystępującego, co do ograniczenia prawa wglądu do materiału dowodowego załączonego do akt sprawy, w pewnych przykładach nawet z wyłączeniem zamawiającego, z powołaniem się na art.18 ust.3 ustawy PZP, uznając za zasadną ochronę przed ujawnieniem treści w nim zawartych, jako tajemnicy przedsiębiorstwa, z zachowaniem zasad wynikających z art. 545 ust.3 ustawy PZP.

W związku z powyższym, Izba rozważając kolejno podniesione zarzuty odwołania ustaliła i zważyła jak poniżej.

Co do zarzutów z grupy A, czyli nakazania przez Izbę zamawiającemu odrzucenia oferty przystępującego/wykonawcy wybranego jako wykonawcy podlegającego wykluczeniu z postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, na podstawie obowiązujących fakultatywnych przesłanek wykluczenia, w związku z postanowieniami ogłoszenia o zamówieniu i SWZ (art.109 ust.1 pkt 7,8,10 w zw. z ust.2 art.109 ustawy PZP).

Izba nie podziela argumentacji formalnej i prawnej odwołania, wspieranej przez odwołującego orzecznictwem i poglądami doktryny co do obowiązku zamieszczenia w dokumencie JEDZ (Jednolity Europejski Dokument Zamówienia) w jego Części III „Kryteria wykluczenia” lit. D „Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego” jak i lit. C ”Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi”, co do obowiązku po stronie wykonawcy wybranego zamieszczania informacji w JEDZ o karach umownych w jego sytuacji formalnej i prawnej, w związku z wykonywaniem poprzedzających umów, zwłaszcza w świetle zgromadzonego materiału dowodowego w sprawie.

Co do zasad prawnych obowiązujących przy wypełnianiu dokumentu JEDZ

Dokument JEDZ został wprowadzony rozporządzeniem wykonawczym Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającym standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia. W akcie tym Komisja Europejska uwzględniając Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej uwzględniając dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającą dyrektywę 2004/17/WE, mając na uwadze, że jednym z głównych celów dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE jest zmniejszenie obciążeń administracyjnych wprowadziła standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (JEDZ). Zgodnie z art.1 rozporządzenia wykonawczego od dnia 18 kwietnia 2018 r. do celów sporządzenia jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, o którym mowa w art. 59 dyrektywy 2014/24/UE (art.59 m.i. zawiera formułę „jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje formalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednia podstawa wykluczenia nie ma zastosowania”) stosuje się formularz określony w załączniku nr 2, a instrukcje dotyczące jego stosowania określono w załączniku nr 1 do rozporządzenia. Z dyrektywy 2014/24/UE należy przywołać art.57 Podstawy wykluczenia (Podsekcja 1 kryteria kwalifikacji podmiotowej) ust.4 Instytucje zamawiające mogą wykluczyć lub zostać zobowiązane przez państwa członkowskie do wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia każdego wykonawcy znajdującego się w którejkolwiek z sytuacji: lit g) jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejszej umowy z podmiotem zamawiającym lub wcześniejszą umową w sprawie koncesji, które doprowadziły do wcześniejszego rozwiązania tej wcześniejszej umowy, odszkodowań lub innych porównywalnych sankcji;.

Z załącznika 1 do rozporządzenia wykonawczego (Instrukcja) wynika, że „jednolity europejski dokument zamówienia stanowi oficjalne oświadczenia wykonawcy, w którym stwierdza on, że nie znajduje się w jednej z sytuacji, w przypadku której wykonawcy muszą lub mogą zostać wykluczeni” i dalej „Jak wcześniej wspomniano, jednolity europejski dokument zamówienia obejmuje oficjalne oświadczenie wykonawcy stwierdzające, że odpowiednie podstawy wykluczenia nie mają zastosowania”. Dla interpretacji charakteru i zakresu oświadczenia wykonawcy ma również znaczenie zapis w Instrukcji: Jednolity europejski dokument zamówienia zawiera następujące części i sekcje: Część III Kryteria wykluczenia: lit. A: Podstawy związane z wyrokami skazującymi za przestępstwo. Lit. B: Podstawy związane z płatnością podatków lub składek na ubezpieczenia społeczne. Lit. C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi czy mające znaczenie w przedmiotowej sprawie – lit. D: Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego.

Właśnie lit. D. stanowi wytyczną właściwą do interpretacji według, której formuły należy interpretować oświadczenie wykonawcy to jest nie do formuły JEDZ (Część III Kryteria wykluczenia lit. C: Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi, czyli:

Czy wykonawca znajdował się w sytuacji, w której wcześniejsza umowa w sprawie zamówienia publicznego, wcześniejsza umowa z podmiotem zamawiającym lub wcześniejsza umowa w sprawie koncesji została rozwiązana przed czasem, lub w której nałożone zostało odszkodowanie bądź inne porównywalne sankcje w związku z tą wcześniejszą umową?”

Czy do formuły prawa krajowego czyli art. 109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP o treści: Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę: który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji, co doprowadziło do wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi, do której to formuły odnosi się zarzut odwołania (art.109 ust.1 pkt 7 PZP), ponieważ odwołanie nie odnosi się do art.109 ust.1 pkt 5 PZP (wykroczenie zawodowe).

Należy również mieć na uwadze wyjaśnienie do Części III lit. C Podstawy związane z niewypłacalnością, konfliktem interesów lub wykroczeniami zawodowymi gdzie w nagłówku do lit. C znajduje się zapis: „Należy zauważyć, że do celów niniejszego zamówienia niektóre

z poniższych podstaw wykluczenia mogą być zdefiniowane bardziej precyzyjnie w prawie krajowym, w stosownym ogłoszeniu lub dokumentach zamówienia. Tak więc prawo krajowe może na przykład stanowić, że pojęcie „poważnego wykroczenia zawodowego” może obejmować kilka różnych postaci zachowania stanowiącego wykroczenie.”

Z powyżej cytowanych zapisów dyrektywy, rozporządzenia jak i instrukcji do rozporządzenia wynika, że w przedmiotowej sprawie w związku z zarzutem na podstawie art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP ma zastosowanie lit. D Inne podstawy wykluczenia, które mogą być przewidziane w przepisach krajowych państwa członkowskiego instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego i według dyspozycji pkt 7 art.109 ust.1 ustawy PZP i przewidzianych tam sankcji wymienionych wyczerpująco, wśród których nie ma kar umownych tylko odszkodowanie. Ustawodawca krajowy sprecyzował przesłanki odpowiedzialności do następujących sankcji: wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępcze lub do realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, nie przy tym używając zwrotu „w szczególności”, czy też zwrotu „bądź inne porównywalne sankcje”.

W toku postępowania odwoławczego wśród wymienionych sankcji, co potwierdził odwołujący, zastosowane były sankcje kar umownych za nieterminowe wykonanie. Pomimo to każdy z zamawiających (SKM, Koleje Mazowieckie, Koleje Małopolskie) potwierdził należyte wykonanie umowy, a niektórzy z nich zamiar i fakt zawarcia kolejnych umów, pomimo przekroczenia terminów umownych wykonania zamówienia, z uwagi na wartość merytoryczną wykonanych usług przeglądu na poziomie P4 elektrycznych zespołów trakcyjnych.

Przy ocenie sankcji przewidzianych w art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP należy stosować na mocy art.8 ust.1 ustawy PZP, przepisy kodeksu cywilnego. Zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik ma obowiązek naprawić szkodę z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. Dłużnik odpowiada za zwłokę w wykonaniu zamówienia, a nie za opóźnienie w spełnieniu świadczenia (wykonaniu zamówienia), które to opóźnienie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik odpowiedzialności nie ponosi. I w konsekwencji w razie zwłoki dłużnika wierzyciel może żądać, niezależnie od wykonania zobowiązania, naprawienia szkody wynikłej ze zwłoki (art.476 i 477 k.c.). Natomiast można zastrzec w umowie, tak jak to miało miejsce w niniejszej sprawie, że naprawienie szkody w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, nastąpi w zastrzeżonej na ten wypadek wysokości kary umownej bez względu na wysokość poniesionej szkody, w niniejszym przypadku nie dotrzymanie

terminu wykonania zamówienia (art.483 §1 k.c.). Tak więc zarówno kara umowna jak i odszkodowanie mają na celu pokrycie szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania, które co do zasady nie zwalniają dłużnika z wykonania zobowiązania. Niemniej różne zasady i podstawy dochodzenia obowiązują przy odszkodowaniu i przy karze umownej, gdzie w pierwszym przypadku należy wykazać związek przyczynowo - skutkowy w działaniu lub zaniechaniu w związku z wystąpieniem szkody jak i udowodnić jej wysokość. W drugim przypadku to jest kary umownej wystarczy wykazać spełnienie okoliczności, dla których przewidziano karę umowną. Mimo, że karę umowną nazywa się surogatem odszkodowania to odszkodowanie i kara umowna są odrębnymi instytucjami prawa cywilnego i przez to nie są pojęciami tożsamymi w prawie cywilnym.

Podsumowując zarzuty z grupy A to sam odwołujący przywołuje art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP, jako podstawę wykluczenia, nie wykazując spełnienia jego przesłanek poza przyznaną przez PESA Mińsk Mazowiecki zresztą okolicznością co do zapłaty kar umownych we wcześniejszych zamówieniach przystępującego. Sam fakt zapłaty kar umownych, a nie odszkodowania, wyłącza odpowiedzialność z przyczyn leżących po stronie wykonawcy wybranego, od których to wykazania przyczyn PZP uzależnia wykluczenie z postępowania. Podsumowując odwołujący nie wykazał zastosowania sankcji wymienionych w art.109 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp to jest wypowiedzenia lub odstąpienia od umowy, odszkodowania, wykonania zastępczego lub realizacji uprawnień z tytułu rękojmi za wady, które to powinny wynikać „z przyczyn leżących po jego stronie, w sytuacji znacznego stopnia lub zakresu nie wykonania lub nienależytego wykonania albo długotrwałego nienależytego wykonywania istotnego zobowiązania z wcześniejszej umowy”, które to okoliczności powinien wykazać, na etapie postępowania odwoławczego odwołujący. Tak więc dla zastosowania tej sankcji nie jest wystarczającym wykazanie jednej przesłanki nie wykazując pozostałych, pominiawszy okoliczność, że kara umowna nie jest odszkodowaniem, a jedynie jego zamiennikiem, a przepisy o charakterze sankcji nie powinny być wykładane rozszerzająco, na zasadzie podobieństw.

W powyższym stanie rzeczy odwołujący nie udowodnił spełnienia przesłanek wymienionych w art.109 ust.1 pkt 7 PZP, a tym samym z oświadczenia przystępującego w JEDZ, nie można wywieść elementów lekkomyślności, niedbalstwa, zamierzonego działania lub rażącego niedbalstwa w przedstawianiu informacji zamawiającemu, które miałyby wpływ na decyzje podejmowane przez zamawiającego, w celu wykazania podstaw do wykluczenia przystępującego na podstawie art.109 ust.1 pkt 8 czy też pkt 10 PZP.

Izba również nie podziela stanowiska prezentowanego przez odwołującego co do tego, że wykonawca w każdej sytuacji i niezależnie od przyczyn „rozwiązania umowy, odszkodowań

lub innych porównywalnych sankcji”, składając oświadczenie w JEDZ-u powinien odpowiedzieć pozytywnie (TAK) skoro dyspozycja art.57 ust.4 lit g) w związku z art.59 ust.1 lit. a) wyżej wymienionej dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014r. mówi „jeżeli wykonawca wykazywał znaczące lub uporczywe niedociągnięcia w spełnieniu istotnego wymogu w ramach wcześniejszej umowy”. Ponadto wyżej cytowane rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016r. o składaniu oficjalnego oświadczenia wykonawcy, nawet wiedzy należy do dyspozycji wykonawcy, któremu zamawiający, czy pozostali wykonawcy są zobowiązani udowodnić nieprawdziwość informacji, w związku z art. 534 ust.1 ustawy PZP.

W zaistniałym stanie rzeczy, przystępujący jako dysponent oświadczenia wiedzy, mając na uwadze powyżej przywołane regulacje prawa unijnego, a w szczególności prawa krajowego o treści wynikającej z art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP, w kontekście zgromadzonego materiału dowodowego, co do okoliczności naliczenia kar umownych za nieterminowe wykonanie zamówień, miał prawo w JEDZ, jak i w późniejszym oświadczeniu z 18 stycznia 2023r. o aktualności informacji stwierdzić, że w stosunku do niego wystąpił brak sankcji, które z kolei wymagałyby od niego wykazania czynności tzw. samooczyszczenia, regulowanego przepisami art. 110 ust.2 ustawy PZP.

Odwołujący w złożonym odwołaniu przywołał cztery umowy z lat 2019 - 2020r. w których naliczono kary umowne przystępującemu. Fakt naliczenia tych kar nie został zaprzeczony przez przystępującego, który na powyższe okoliczności przedstawił aktualne zaświadczenia tychże zamawiających to jest:

1. Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OZP-351-13/19

„Wykonanie obsługi 4-tego poziomu utrzymania na dwóch elektrycznych zespołach trakcyjnych typu 14WE zgodnie z DSU dla EZT typu 14WE i wykonanie prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 14WE oraz wykonanie prac modernizacyjnych”

2. Szybka Kolej Miejska sp. z o.o. Nr sprawy: OPZ-210/2/2020

„Wykonanie trzynastu obsługi technicznych poziomu P4 utrzymania pojazdów typu 27WE zgodnie z DSU dla EZT typu 27WE wraz z wykonaniem prac dodatkowych związanych z obsługą techniczną poziomu P4 EZT typu 27WE”

3. Koleje Małopolskie sp. z o. o. Nr sprawy: KMDL/251/11/2020

„Wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) i prac dodatkowych dla pięciu elektrycznych zespołów trakcyjnych (EZT) typu 32WE serii EN77 o numerach inwentarzowych 001, 002, 003, 004 i 005”

4. Koleje Mazowieckie sp. z o. o. Nr sprawy: MWZ7-26-64-2020

„Naprawa w poziomie utrzymania P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii 45WE”
Podstawą ich naliczenia było przekroczenie terminu wykonania umowy.

Przystępujący we wszystkich czterech przypadkach przedstawił dowody na rozprawie (tajemnica przedsiębiorstwa), w postaci oświadczeń zamawiających z których wynika między innymi:

1. niewykonanie napraw niektórych pojazdów w umownych terminach (P4 12 elektrycznych zespołów trakcyjnych serii 45WE) nie wpłynęło negatywnie na świadczenie usług przewozowych KM i w tym zakresie KM nie poniosła szkody, a naliczenie kar umownych nastąpiło z uwagi na zapisy przewidziane w umowie i po zrealizowaniu umowy i aktualnie zawarto z PESA Mińsk Mazowiecki kolejne trzy umowy na realizację napraw w poziomie utrzymania P 4, które są w trakcie realizacji.
2. Informuję, Spółka KM w związku z realizacją umowy na wykonanie czynności czwartego poziomu utrzymania (P4) (dla pięciu EZT typu 32WE) nie występowała do ZNTK Mińsk Mazowiecki aktualnie PESA Mińsk Mazowiecki z roszczeniami o wypłatę odszkodowania na podstawie art.471 Kodeksu cywilnego.
3. Wskazujemy, że w ocenie Spółki SKM w związku z realizacją umowy przez PESA Mińsk Mazowiecki nie wystąpiły okoliczności, które odpowiadałyby sytuacji opisanej w art.109 ust.1 pkt 7 PZP, albowiem opóźnienie w realizacji miało charakter nieznaczny, a zgodnie z art.109 ust.3 wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne
4. W ocenie Spółki SKM, PESA Mińsk Mazowiecki wykonał umowę należycie pod względem merytorycznym.

Również sam odwołujący w materiale dowodowym przekazanym do akt sprawy (zastrzeżenie tajemnicy przedsiębiorstwa) na posiedzeniu/rozprawie, przekazał korespondencję zamawiających jak powyżej (Szybka Kolej Miejska -SKM, Koleje Mazowieckie- KM, Koleje Małopolskie- KM), z której wynika, że naliczono kary umowne z tytułu niedotrzymania terminu zakończenia przeglądu, ale znajdują się w tych pismach potwierdzenia, że wszystkie zobowiązania z umowy zostały wykonane, wykonawca wykonał umowę należycie pod względem merytorycznym oraz wypełnił wszystkie zobowiązania wynikające z zawartej umowy, zawarto aneks do umowy dotyczący wykonania prac dodatkowych.

W związku z powyższym w ocenie Izby, stwierdzenia odwołującego pod adresem wykonawcy wybranego, typu: „stopień zawinienia wykonawcy PESA jest porażający”, „w sposób regularny, seryjny nie dotrzymuje terminów wykonania zamówienia”, „wszystko zataja przed kolejnymi zamawiającymi, czyni sobie zatem z tego rodzaju sposobu działania, źródło uzyskania korzyści, co zamawiający w tym przypadku powinien napiętnować i zgodnie ze swoim obowiązkiem, finalnie zakończyć wykluczeniem (odrzuconiem oferty wykonawcy PESA)”, nie są uzasadnione i wykazane, w związku z pozytywną oceną wykonawcy wybranego przez zamawiających, pomimo naliczenia przez nich kar umownych.

Izba również, w kontekście powyżej cytowanego prawa europejskiego (Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7) oraz prawa krajowego ustawa PZP nie uważa, że przystępujący w oświadczeniu JEDZ powinien wskazać wszystkie te przypadki zastosowania kar umownych, a ich nie wymienienie w JEDZ nie stanowi o: zatajeniu tych okoliczności przed zamawiającym i podleganiu z tego tytułu dyspozycji prawnej z art.109 ust.1 pkt 8) czy też pkt 10) ustawy PZP oraz prawie przypisywania oświadczeniom przystępującego „falszu intelektualnego dokumentu”, jak czyni to odwołujący.

Izba odnosząc się do podglądu doktryny, cytowanego poniżej, nie podziela poglądu, że skoro ustawodawca krajowy (ustawa PZP) precyzyjnie w art.109 ust.1 pkt 7 określił sankcje z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy zamówienia publicznego, które powodują wykluczenie wykonawcy z postępowania można rozszerzać sankcje w oparciu o dyspozycyjny przepis art.57 ust.4 lit. g) w związku z art.57 ust.7 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/18/UE (dyrektywy klasycznej) również na kary umowne. Jak powyżej Izba ustaliła praktyka obrotu gospodarczego, z powodu kar umownych z tytułu nie wykonania umowy w terminie, nie dyskwalifikuje dobrych merytorycznie wykonawców, zawierając z nimi kolejne, nowe umowy (Koleje Mazowieckie, Koleje Małopolskie, Szybka Kolej Miejska). Należy mieć też na uwadze zasadę interpretacyjną przepisów prawa, która nie pozwala na rozszerzanie interpretacji przepisów sankcyjnych, jakimi są w tym przypadku przepisy o wykluczeniu wykonawcy z postępowania, zwłaszcza w przypadku jednoznacznie brzmiących przepisów krajowych.

Cytuję „Instytucja kary umownej mieści się bowiem w znaczeniu pojęcia „odszkodowanie lub inne porównywalne sankcje”. (Zgodnie komentarzem do aktualnie obowiązującej ustawy PZP, Prawo Komentarz pod. red. H. Nowaka i M. Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych 2021, s. 404 , a *powinno być pkt 7.3.str.407-408 – dopisek Izby*) pojęcie odszkodowanie, wskazane w art. 109 ust. 1 pkt 7 PZP, należy interpretować szeroko, zgodnie z celem dyrektywy klasycznej („lub inne porównywalne sankcje” co także wynika z treści pytania

zawartego w JEDZ). Przez odszkodowanie należy rozumieć nie tylko tradycyjne odszkodowanie, ale także jego surogaty, takie jak kara umowna (art. 483 k.c.)”.

Przy czym nawet gdyby przyjąć powyższy pogląd za słuszny to w niniejszym przypadku odwołujący nie wykazał pełnego wyczerpania dyspozycji przepisu art.109 ust.1 pkt 7 ustawy PZP w zakresie ”który, z przyczyn leżących po jego stronie, w znacznym stopniu lub zakresie nie wykonał lub nienależycie wykonał albo długotrwale nienależycie wykonywał istotne zobowiązanie wynikające z wcześniejszej umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy koncesji co doprowadziło do” .

Natomiast wbrew twierdzeniom odwołującego ciężar dowodu zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych leży po stronie zamawiającego, a nie wykonawcy. I tutaj doktryna jest spójna. Cytuję „5.3. Wykazanie podstawy wykluczenia. Przesłanką wykluczenia jest wykazanie zawinionego i poważnego naruszenia obowiązków zawodowych za pomocą stosownych środków dowodowych. Zgodnie z treścią normy ciężar udowodnienia zawinionego i poważnego naruszenia spoczywa na zamawiającym.”(komentarz Prawo Zamówień Publicznych Komentarz pod redakcją Huberta Nowaka i Mateusza Winiarza, Urząd Zamówień Publicznych Warszawa 2021, str. 403 pkt 5.3). Podobnie „Komentowany przepis wskazuje także na zawinienie wykonawcy polegające na zamierzonym działaniu lub rażącym niedbalstwie. Ponadto konstrukcja tego przepisu wskazuje, że to zamawiający musi wykazać takie zachowanie wykonawcy za pomocą stosownych środków dowodowych. Zatem ciężar dowodowy w tym zakresie przeniesiono na zamawiającego. W praktyce to najczęściej konkurencja dostarcza dowodów w zakresie popełnienia przez wykonawcę poważnych wykroczeń zawodowych.”(Komentarz Ustawa Prawo Zamówień Publicznych Komentarz dla Wykonawców Martyna Lubieniecka, Piotr Pieprzyca, Iwona Ziarniak PRESSCOM Sp. z o.o. Wrocław 2021 str.183 pkt 7.).

Izba podsumowując stwierdza, że odwołujący nie udowodnił zarzutu z grupy A.

Dotyczy zarzutów z grupy B

Na wstępie Izba ponownie podkreśla, że wszystkie złożone dowody w sprawie zarzutów grupy B zostały objęte tajemnicą przedsiębiorstwa, zarówno przez odwołującego, jak i przystępującego, a co Izba uwzględniła przeprowadzając postępowanie dowodowe.

Zasadniczy zarzut z grupy B dotyczy złożenia oferty w stanie nieuczciwej konkurencji przez wykonawcę wybranego/przystępującego/PESA Mińsk Mazowiecki S.A.

Odwołujący formułując zarzut przywołał naruszenie przepisu art. 16 ust. 1 i 2 ustawy PZP w związku z naruszeniem art. 226 ust. 1 pkt 7 ustawy PZP przez zaniechanie odrzucenia oferty wykonawcy PESA, w sytuacji, gdy zaoferowana przez ww. wykonawcę cena jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku.

Poza tym odwołujący zarzucił, że Wykonawca PESA złożył ofertę z ceną zaniżoną w stosunku do wymogów postawionych przez zamawiającego wysoce specjalistycznym opisem przedmiotu zamówienia, de facto sprowadzając ją do poziomu nie pozwalającego na realizację zamówienia, ale zapewniającego uniemożliwienie dostępu do tego zamówienia wszystkim innym wykonawcom.

Według odwołującego brak odrzucenia oferty PESA stanowi naruszenie podstawowych zasad prawa zamówień publicznych jakimi są zachowanie uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości postępowania.

Izba rozstrzygając zarzut naruszenia zasad obowiązujących w zamówieniach publicznych stwierdza, że w wyniku przeprowadzonego postępowania dowodowego, w oparciu o dowody, które uczestnicy postępowania objęli tajemnicą przedsiębiorstwa oraz na podstawie złożonych wyjaśnień na rozprawie, dokonała ustaleń i zważenia zarzutów odwołania, na podstawie dowodów złożonych przez odwołującego i przystępującego i nie stwierdza naruszenia przywołanych w odwołaniu zasad (zachowania uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców oraz przejrzystości).

Izba wobec postawionego z kolei zarzutu, że cena PESA jest pozorna, nierealna, zaniżona, poniżej kosztów niezbędnych do realizacji zamówienia, wskazana przez PESA na takim poziomie wyłącznie w celu uzyskania przedmiotowego zamówienia i uniemożliwienia innym przedsiębiorcom dostępu do rynku, celem rozstrzygnięcia zarzutu, dokonała następujących ustaleń.

Z protokołu otwarcia ofert wynika, że zamawiający otrzymał trzy oferty na następujące kwoty:

1. Oferta odwołującego: 146.042.820,00zł.,
2. Oferta Serwis Pojazdów Szynowych sp. z o.o. sp.k.: 130.023.300,00zł.,
3. Oferta przystępującego/wykonawcy wybranego: 114.949.987,02zł.

Pierwszy wniosek (bezsportny w sprawie), jaki nasuwa się w związku z zestawieniem złożonych ofert to, że zamawiający nie był zobowiązany do wezwania PESA do złożenia wyjaśnień w związku z zaoferowaną ceną w procedurze art. 224 ust. 2 ustawy PZP. Zresztą czemu nie zaprzecza odwołujący stawiając zarzut ewentualny w tej grupie zarzutów (B) to

jest o wezwanie do wyjaśnień, w tym złożenia dowodów w zakresie wyliczenia ceny lub kosztu, w procedurze art. 224 ust.1 ustawy PZP, czyli w sytuacji wątpliwości po stronie zamawiającego co do wysokości zaproponowanej ceny to jest możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z jego wymogami. Zarzut ewentualny został sformułowany następująco: ewentualnie zarzut naruszenia art. 16 pkt 1 i 2 PZP w zw. z art. 224 ust. 1 PZP przez prowadzenie postępowania w sposób naruszający zasadę zachowania uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, a mianowicie poprzez zaniechanie wezwania PESA do udzielenia wyjaśnień w przedmiocie rażąco niskiej ceny w odniesieniu do istotnych części składowych ceny, które wydają się rażąco niskie w stosunku do przedmiotu zamówienia i budzą wątpliwości co do możliwości wykonania przedmiotu zamówienia zgodnie z wymaganiami określonymi przez Zamawiającego. Przy czym w toku postępowania odwoławczego, odwołujący nie sprecyzował tych w jego ocenie istotnych elementów ceny, można jedynie wywodzić, że chodzi o wydłużoną do 60 m-cy gwarancję, czy też podejrzenia odwołującego co do stosowania przez wykonawcę wybranego do wyceny zamienników, zamiast oryginalnych podzespołów do przeglądu na poziomie P4

W toku postępowania dowodowego na rozprawie ustalono, że w miesiącu sierpniu 2022r., zamawiający wystąpił do wszystkich trzech wyżej wymienionych wykonawców, w tym do odwołującego (lidera konsorcjum) o złożenie oferty służącej oszacowaniu wartości zamówienia, według wyspecyfikowanych w wezwaniu prac, które posłużyły do wyceny zamówienia.

Sam odwołujący przekazał na posiedzeniu/rozprawie materiał dowodowy do akt sprawy, uzyskany w wyniku dostępu do informacji publicznej o przebiegu ustalenia wartości szacunkowej przez zamawiającego (pismo zamawiającego do odwołującego z dnia 06.02.2023r. w aktach sprawy), z którego wynika, że wartość szacunkowa zamówienia ustalona przez zamawiającego, w oparciu o złożone oferty do szacunku zamówienia, okazała się realna, w związku ze złożonymi ofertami przetargowymi. Bowiem średnia arytmetyczna cen złożonych wszystkich ofert wyniosła 105.966.424,67 zł. netto, a wartość szacunkowa ustalona przez zamawiającego wyniosła 108.240.000,00zł. netto. Ustalenie wartości szacunkowej nastąpiło w dniu 20.10.2022r. (ustalono-akta sprawy). W piśmie zamawiającego znajduje się również stwierdzenie, że zamawiający planując kwotę, którą zamierzał przeznaczyć na zamówienie oparł się na doświadczeniu zdobytym przy wcześniejszych podobnych zamówieniach. Zamawiający także wyjaśnił odwołującemu, że w ramach postępowania oczekiwał łącznej kwoty bez rozbicia na poszczególne czynniki składowe kwoty całkowitej, wynagrodzenie ma charakter ryczałtowy.

Z informacji o kwocie przeznaczonej na realizację zamówienia wynika, że wynosi ona kwotę 121.000.000,00zł. brutto – pismo zamawiającego w trybie art.222.ust.4 ustawy PZP z dnia 03.01.23r. (akta sprawy).

Izba kwitując powyższe zestawienia kwotowe (wartość szacunkowa zamówienia, kwota jaką zamawiający zamierza przeznaczyć na zamówienie oraz kwoty ofert złożonych przez wykonawców) stwierdza, że zamawiający nie miał obowiązku wzywania do złożenia wyjaśnień co do wysokości zaoferowanej ceny przez wykonawcę wybranego. W związku z powyższym pozostała do rozstrzygnięcia kwestia czy w świetle zaistniałych okoliczności, na które powoływał się odwołujący, co do braku zapewnienia wykonania zamówienia przez wykonawcę wybranego, zgodnie z postawionymi wymaganiami w dokumentacji postępowania, należy wezwać tego wykonawcę do wyjaśnień w trybie art.224 ust.1 ustawy PZP.

Bowiem odwołujący w złożonym odwołaniu zwrócił uwagę na następujące okoliczności. W ramach realizacji zakresu umowy, która zostanie podpisana z wykonawcą, któremu zostanie udzielone niniejsze zamówienie publiczne, zamawiający odstąpił od pewnych utartych na rynku usług kolejowych powszechnie „przyjętych praktyk” i nie formułował wymogu wykonania kluczowych napraw i remontów rzutujących na sprawną, bezpieczną eksploatację pojazdu tj. układ napędowy, hamulcowy, sterowania, klimatyzacji, sprzęgów, pomostów między członowych przez producentów tychże komponentów, lecz pozostawił wymogi zawarte w Dokumentacji Systemu Utrzymania oraz Dokumentacji Techniczno — Ruchowej pojazdu. W dokumentach tych wbrew pozorom został określony jednak szereg wymogów, które pośrednio lub bezpośrednio precyzują obowiązek co najmniej współpracy z tymi producentami w zakresie wykonania prac związanych z przedmiotem niniejszego postępowania. Jest to niezmiernie istotne, ponieważ jednym z kluczowych kryteriów oceny ofert w tym postępowaniu była długość okresu gwarancji i rozszerzonej rękojmi za wady na cały pojazd po P4 oraz dokumentację techniczną. Wykonawcy mogli zaoferować okres gwarancji od 36 do 60 miesięcy.

Odwołujący powoływał się również na praktykę rynkową, która wskazuje, że standardowym okresem gwarancji udzielanym po wykonanej naprawie rewizyjnej wynosi ok. 36 miesięcy. Wynika to z faktu, że jest to jednocześnie standardowy okres na jaki udzielają gwarancji producenci komponentów po wykonanej naprawie rewizyjnej (również w zakresie w/w komponentów).

Izba stwierdza, że wszystkie te zarzuty odwołania, to jest co do braku współpracy z producentami zasadniczych oryginalnych części urządzeń, które gwarantują bezpieczeństwo użytkowników oraz niezawodność funkcjonowania pojazdów w tym przeszkolenia personelu,

do przeglądu na poziomie P4 zostały skutecznie zaprzeczone przez złożenie konkretnych dowodów wskazujących na oferty oraz zakup części u wskazanych producentów przez odwołującego (dystrybutor Hubner GmbH, Lokel, Traktionssystem Austria GmbH -TSA, SKODA, VOITH, Ingeteam, KONVEKTA AG Niemcy, i inne oferty przedstawicieli producentów na terenie Polski) jak i posiadania wiedzy technicznej i przeszkolenia pracowników do wykonywania przeglądów (SKODA dla pracowników jeszcze dla poprzednika PESA Mińsk Mazowiecki S.A. - ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A., Instrukcja Obsługi „Silnik trakcyjny dla PESY” wystawiony przez Traktionssystem Austria GmbH dla Pojazdy Szynowe PESA Bydgoszcz Spółka Akcyjna Holding, Instrukcje Montażu zespoły łożysk silników trakcyjnych TMBU BC1-7229 CCSKF Osterreich AG Austria, katalog części zamiennych silnik trakcyjny TSA TMF 59394 a także wykonywania napraw na poziomie P4 silników trakcyjnych dla partnera odwołującego to jest Public Transport Service sp. z o.o. , certyfikaty dla pracowników od Traktionssystem Austria GmbH -TSA dla pracowników jeszcze dla poprzednika PESA Mińsk Mazowiecki S.A. - ZNTK „Mińsk Mazowiecki” S.A.).

Załączono opinię naukową o wykonywanych w zakładach PESA Mińsk Mazowiecki naprawach silników trakcyjnych firmy TSA – przegląd i ocena technologii napraw, wystawiona przez Sieć Badawcza Łukasiewicz – Instytut Elektrotechniki Warszawa, kwiecień 2022.

Cytuję fragmenty „Pkt 9 Opinii - Podsumowanie: Asynchroniczne silniki trakcyjne produkcji firmy TSA są naprawiane i diagnozowane w Zakładach PESA Mińsk Mazowiecki w sposób właściwy, zgodny z zaleceniami producenta silników i aktualnymi tendencjami technologicznymi w oparciu o nowoczesne materiały. Zakres działań naprawczych wykonywanych w Zakładzie przewyższa wymagania według warunków technicznych wytwórcy silników. Można więc przyjąć, że jakość naprawianych silników w PESA Mińsk Mazowiecki znajduje się co najmniej na poziomie osiąganym przez producenta, lub jego autoryzowany warsztat. 9.3. naprawy i diagnostykę silników wykonuje doświadczony personel, który odbył szkolenie w TSA, potwierdzone stosownymi certyfikatami. 9.4. Jakość napraw jest sprawdzana odpowiednimi badaniami międzyoperacyjnymi i odbiorczymi. Ich zakres jest większy od wymaganego w warunkach technicznych przez wytwórcę.”

W ocenie Izby podkreślenia również wymaga okoliczność, że producentem poddawanych przeglądowi na poziomie P4 EZT(Elektrycznych Zespołów Trakcyjnych) była PESA S.A. Bydgoszcz, które zakupił zamawiający w latach 2010-2012.

Tak więc w ocenie Izby nie potwierdził się zarzut, że wykonawca wybrany wykona zamówienie niezgodnie z wymaganiami dokumentacji przetargowej.

Co do zarzutu ponadwymiarowej ze strony wykonawcy wybranego, w stosunku do obowiązującej w praktyce rynkowej oferty 60 - miesięcznej gwarancji jak i rozszerzonej rękojmi za wady, przystępujący złożył opracowanie własne – Zestawienie okresu gwarancji oferowanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia dot. rynku branżowego z 15.02.23r., obejmujące lata 2020-2023. Zestawienie składanych ofert przez wykonawców na naprawę P4 sporządzono z podziałem na oferowany okres gwarancji w zależności gdy jest on albo nie jest oceniany w ramach kryterium oceny ofert. Z zestawienia wynika, że nie tylko w PESA proponuje najwyższy okres gwarancji 60 m-cy, a taki okres gwarancji oferowało 50% wykonawców, w sytuacji gdy stanowił on jedno z kryteriów oceny ofert.

W związku z podnoszonym zarzutem odwołującego, że cena oferowana przez wykonawcę wybranego nie ujmuje kosztów napraw gwarancyjnych w związku z 60 m-cznym okresem oferowanej gwarancji, złożono zestawienie kosztów napraw gwarancyjnych. Odwołujący złożył zastrzeżone tajemnicą przedsiębiorstwa dokumenty własne za okres 12.2021 - 11.2022r. Zestawienie kosztów napraw gwarancyjnych za 12 m-cy i średnio za 1 miesiąc za 1 pojazd, oraz wyliczenie średniej miesięcznej kwoty przyjętej na 1 pojazd do obsługi gwarancyjnej, wystawione przez członka zarządu Dyrektora Sprzedaży i Marketingu J. G., uczestniczącego w rozprawie.

Odwołujący złożył również Kalkulację wykonania prac - Naprawa 4 poziomu utrzymania elektrycznych zespołów trakcyjnych Urząd Marszałkowski Poznań - P4 EN 76 (22szt.)-DT II.272.3.,2022 z podziałem na stały zakres naprawy, ,dodatkowe czynności zgodnie z SWZ, koszty wydziałowe, koszty ogólnozakładowe, rezerwa, pozostałe koszty - dopuszczenie do eksploatacji, jazdy próbne, pozostałe koszty- udzielenie 60 m-cy gwarancji, zysk, razem cena ofertowa brutto dla jednego pojazdu i dla całego zamówienia, wysokość tak jak w ofercie. Do kalkulacji załączono wyliczenie wskaźników narzutów Koszty Wydziałowe i Koszty Ogólnozakładowe i Koszty zakupu oraz wyliczenie stawki akordowej wynikającej z umowy o pracę opracowanie jak wyżej Dyrektor J. G.

Izba, na podstawie analizy przedstawionych i opisanych powyżej dokumentów złożonych przez przystępującego, w zakresie gwarantowanych dostaw materiałów, przeszkolenia pracowników przez firmy producentów, opinii naukowej, kalkulacji ceny ofertowej w tym 60 m-cznej gwarancji, twierdzenia odwołującego na temat udzielonej gwarancji bez jej zabezpieczenia kosztowego oraz braku kwalifikowanego potencjału technicznego do realizacji zamówienia, dostępu do oryginalnych podzespołów do przeglądu i w konsekwencji zaniżenia ceny ofertowej, uznaje twierdzenia odwołującego za nie udowodnione, wobec

braku dowodów oraz nie znajduje podstaw do nakazania zamawiającemu trybu wezwania do wyjaśnień na mocy art.224 ust.1 ustawy PZP.

Podsumowując Izba nie uznaje za wykazane zarzuty grupy B, to jest jak również Izba nie uznała powyżej zarzutów z grupy A.

Na mocy art.552 ust.1 i art.553 ustawy PZP, Izba oddała odwołanie w całości, nie stwierdzając naruszeń prawa przez zamawiającego, podniesionych w odwołaniu.

Wobec powyższego orzeczono jak w sentencji wyroku, nie stwierdzając naruszenia przepisów ustawy Pzp., które miałyby jakikolwiek wpływ na wynik postępowania, a co dałoby podstawę do uwzględnienia odwołania w myśl art.554 ust.1 pkt 1) ustawy Pzp. i co przekłada się na stwierdzenie, że zamawiający w sposób prawidłowy dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty.

O kosztach postępowania odwoławczego orzeczono na podstawie art.557 i art.574 ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) stosownie do jego wyniku, zgodnie z § 8 ust. 2 w zw. z § 5 pkt 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie szczegółowych rodzajów kosztów postępowania odwoławczego, ich rozliczania oraz wysokości i sposobu pobierania wpisu od odwołania z dnia 30 grudnia 2020 r. (Dz.U. z 2020 r. poz. 2437), zaliczając w poczet postępowania odwoławczego koszt wpisu od odwołania, uiszczony przez odwołującego w kwocie 15.000,00 złotych i zasądzając kwotę 3.600,00 zł. (słownie: trzy tysiące sześćset złotych zero groszy) tytułem wynagrodzenia pełnomocnika zamawiającego na podstawie złożonej faktury vat

Mając na uwadze powyższe orzeczono jak w sentencji.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....

